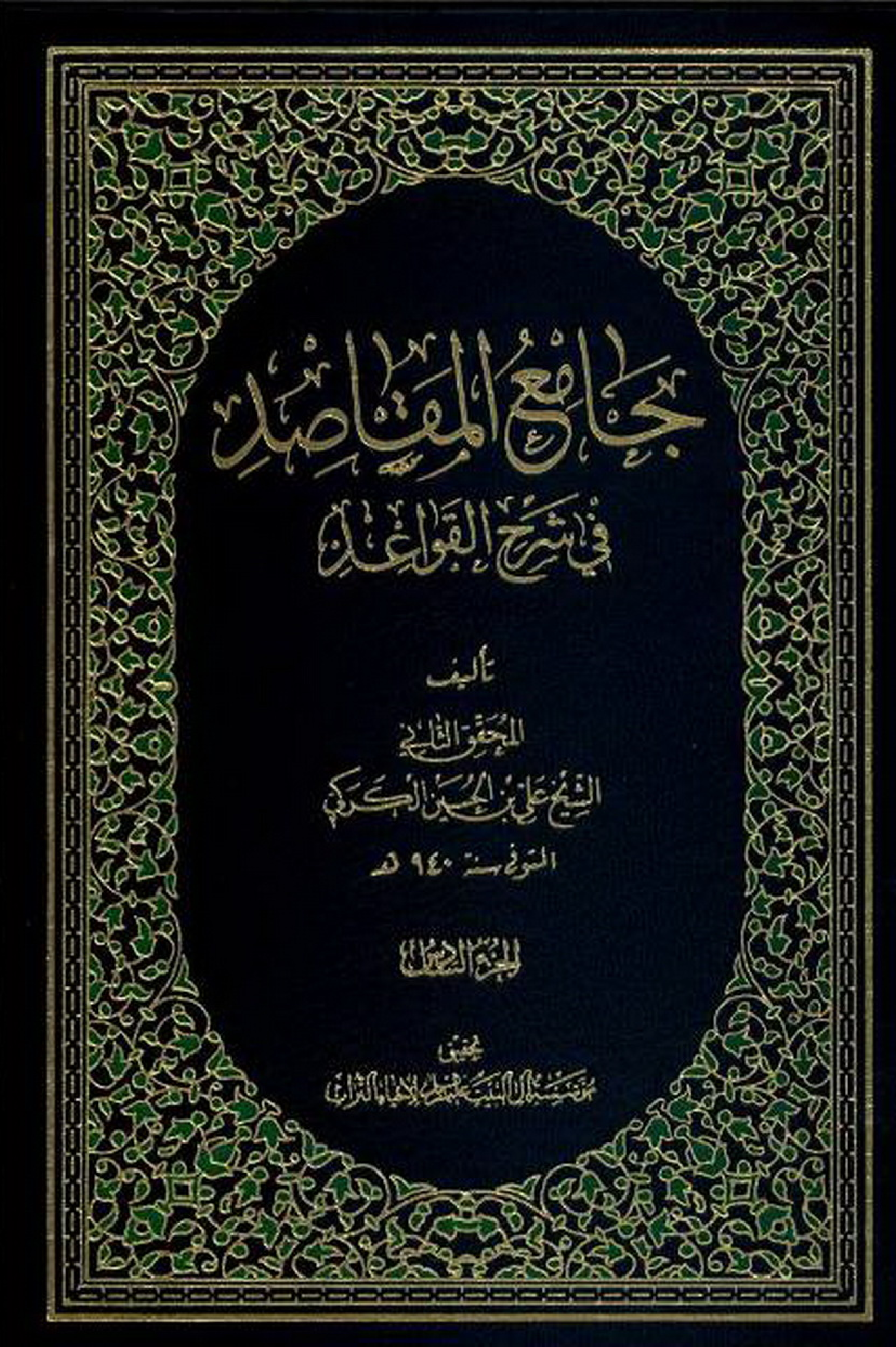

جامع المقاصد
في شرح القواعد
تأليف
المحقق الثاني
الشيخ علي بن الحسين الكركي
المتوفى سنة ٩٤٠ هـ
الجزء السادس
تحقيق
مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث



جامع المقاصد

في شرح القواعد

جامع المقاصد

في شرح القواعد

تأليف

المحقق الثاني

الشيخ علي بن الحسين الكركي

المتوفى سنة ٩٤٠ هـ

الجزء السادس

تحقيق

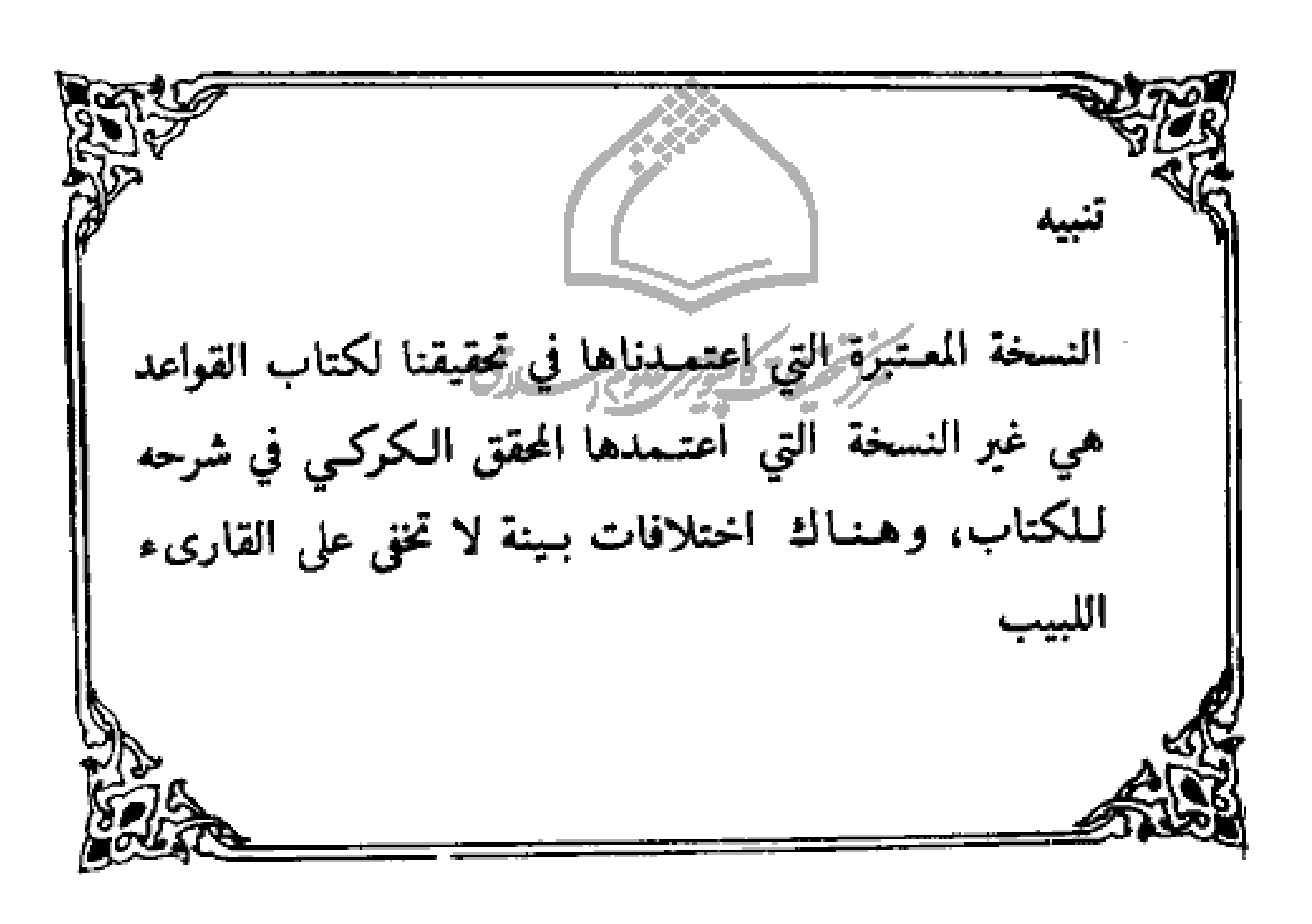
مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث

الطبعة الثانية
١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م

مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث

بيروت - لبنان - ص ب ٢٤/٣٤ - تلفاكس ٥٤١٤٣١ - هاتف ٥٤٤٨٠٥
E-mail:alalbayt@inco.com.lb


بسم الله الرحمن الرحيم



تنبيه

النسخة المعتبرة التي اعتمدناها في تحقيقنا لكتاب القواعد هي غير النسخة التي اعتمدها المحقق الكركي في شرحه للكتاب، وهناك اختلافات بينة لا تخفى على القارىء اللبيب

كتاب الأمانات وتوابعها

وفيه مقاصد :

الأول: في الوديعة : وفيه فصول :

الأول: في حقيقتها : وهي عقد يفيد الاستنابة في الحفظ ، جائزة من الطرفين .

قوله :(كتاب الأمانات وتوابعها ، وفيه مقاصد :

الأول : الوديعة ، وفيه فصول :

الأول : في حقيقتها ، وهي : عقد يفيد الاستنابة في الحفظ) .

نقض في طرده بالوكالة ، المتضمنة للاستنابة في الحفظ .

وجوابه : أن المراد من العقد ذلك ، وفي الوكالة الغرض بالقصد الأول الاستنابة في التصرف ، وما ثبت ضمناً فهو غير مقصود بالذات .

واعلم أن اللغة[1] والعرف العامي يقتضيان أن الوديعة هي المال ، وعرف الشرع أنها العقد .

قوله : (جائزة من الطرفين) .

فاذا أراد المالك الاسترداد لم يكن للمستودع المنع ، ووجب عليه الدفع ، ولو أراد المستودع الرد لم يكن للمودع أن يمتنع من الأخذ ، لأنه متبرع بالحفظ ، ولو عزل المستودع نفسه ارتفعت الوديعة وبقي المال أمانة شرعية مطلقة في يده ، كالثوب الطائر في الهواء إلى داره .

---

(١) انظر: الصحاح (ودع) ٣: ١٢٩٦.

ولا بد فيها من ايجاب : هو كل لفظ دال على الاستنابة بأي عبارة كان ، وقبول ، فعلاً أو قولاً دالاً على الرضى ، ولا بد من صدورهما من مكلّف جائز التصرف ،فلو استودع من صبي أو مجنون ضمن ، إلا إذا خاف تلفه فالأقرب سقوط الضمان ، ولا يبرأ بالرد اليهما في الصورتين بل الى الولي .

وللشافعية قول بأنه لا ينعزل بالعزل بل يقع لغوا[1] ، والأصل في ذلك أن الوديعة مجرد إذن أم عقد .

فعلى الأول يلغو العزل ، كما لو أذن له في تناول طعامه فرد الإذن ، فان له الأكل بالإذن السابق .

وعلى الثاني : يرتفع العقد ويبقى المال أمانة يجب رده ، وإن لم يطلبه المالك ، فان أخر متمكناً ضمن ، ذكر ذلك كله في التذكرة[2] .

قوله : (ولا بد فيها من إيجاب ، وهو : كل لفظ دال على الاستنابة بأي عبارة) .

ولا يختص بلغة دون أخرى ، ولا يفتقر إلى التصريح ، بل يكفي التلويح والإشارة .

قوله : (الا اذا خاف تلفه فالأقرب سقوط الضمان) .

لأنه محسن و(ما على المحسنين من سبيل)[3] . ويحتمل ضعيفاً الضمان ، لأنه استولى على مال غيره بغير إذن ، ويرده أن الاذن ثابت بالشرع ، فان ذلك من الأمور الحسبية .

قوله : (ولا يبرأ بالرد إليهما في الصورتين) .

---

(١) المجموع ١٤ : ١٧٦ وفيه : ففي حالة عزل الوديع نفسه يرد الوديعة الى ربها.
(٢) التذكرة ٢ : ١٩٧.
(٣) التوبة: ٩١.

ولا يصح أن يستودَعا ، فإن أودعا لم يضمنا بالإهمال ، أما لو اكلها الصبي أو اتلفها فالأقرب الضمان .

هما صورتا الأخذ من الصبي والمجنون؛ لخوف التلف وعدمه .

قوله : (أما لو أكلها الصبي أو أتلفها ، فالأقرب الضمان) .

وجه القرب : أن الإتلاف سبب الضمان . ويحتمل العدم ، لأن المالك قد سلطه عليها فكان سبباً ، والمباشر ضعيف . وكذا الحكم في المجنون . واختار في التذكرة[1] ما اختاره هنا ، وهو قول ابن إدريس[2] .

والحق أن يقال : ان الصبي إذا كان مميزاً يضمن بالإتلاف قطعاً ، لوجود المقتضي وانتفاء المانع ، إذ ليس إلاّ كونه غير بالغ ، وذلك لا يصلح للمانعية ، خصوصاً المراهق ، فانه كالبالغ في فعله وقصده وركون الناس إليه ، نعم لا يضمن بالتقصير ، لعدم وجوب الحفظ عليه .

فإن قيل : إذا تلفت في يده بالتقصير يجب أن يضمن ، لعموم : « على اليد ما اخذت حتى تؤدي »[3] ولهذا لو وضع يده عدواناً فتلفت العين في يده يضمن .

قلنا : يمكن أن يُفرّق بين وضع يده عدواناً ، وبين ما إذا كان الوضع باذن المالك وتسليطه ، إذ لا عدوان وهو ظاهر ، ولا تقصير لعدم وجوب الحفظ عليه حينئذ .

أما إذا كان غير مميز ، أو كان مجنوناً ففي ثبوت الضمان في مالهما بالإتلاف التردد ، وليس ببعيد القول بالضمان ، لوجود المقتضي وهو الاتلاف ،

---

(١) التذكرة ٢ : ١٩٧ .

(٢) السرائر: ٢٦٥ .

(٣) سنن الترمذي ٢ : ٣٦٨ حديث ١٢٨٤ ، مسند أحمد ٥ : ١٢ ، وغيرهما.

ولو استودع العبد فأتلف فالأقرب أنه يتبع بها بعد العتق ، ولو طرح الوديعة عنده لم يلزمه الحفظ اذا لم يقبلها ، وكذا لو اكره على قبضها ولا

ولا مانع الا تسليط المالك إياهما ، وهو غير صالح للمانعية ، لأنه لم يسلطهما على الإتلاف ، بل أراد منهما الحفظ .

غاية ما في الباب أنه لعدم صلاحيتهما للحفظ عرض ماله للاتلاف ، وهذا القدر غير كاف في سقوط الضمان عن متلفهما ، وإنما قلنا أنه لا مانع إلا هذا ، لأنهما لو أتلفا المال بدون إيداع المالك يضمنان قطعاً ، فانحصر المانع فيما ذكرناه ، وهذا القول قوي متين .

قوله : (ولو استودع العبد فاتلف ، فالأقرب أنه يتبع بها بعد العتق)

وجه القرب إن ما أتلفه العبد بغير إذن سيده لا يلزم السيد ، إذ ﴿لا تزرُ وازرةٌ وزرَ أخرى﴾[1] ولا مال له لأنه مال لغيره ، فيجب أن يتبع به إذا صار مالكاً ، وذلك إنما يكون بعد العتق .

ويحتمل تعلق الضمان (برقبته ، وهو قول الشيخ في المبسوط ، لأنه قال : إن غلّبنا الجناية تعلق الضمان برقبته[2] .

ويحتمل تعلق الضمان)[3] بكسبه إذا أذن له المولى في قبول الوديعة ، لأن الإذن في الشيء إذن في توابعه ، ومن جملتها الضمان عند الاتلاف ، وحكاه الشارح قولاً[4] .

والأصح أنه يتبع بها ، سواء أذن المولى أم لا ، إذا لم يكن الاتلاف باذنه ، لأن الإذن في قبول الوديعة إذن في الحفظ ، ولا يدل على الإذن في

---

(١) الأنعام : ١٦٤ .

(٢) المبسوط ٤ : ١٤٧ .

(٣) ما بين القوسين لم يرد في «م» .

(٤) ايضاح الفوائد ٢ : ١١٤ .

يضمن لو تلف وإن أهمل ، أما لو استودع مختاراً فإنه يجب عليه الحفظ .

وتبطل بموت كل واحد منهما ، وبجنونه ، واغمائه ، وبعزله عن نفسه .

واذا انفسخت بقيت أمانة شرعية في يده ، فلا يُقبل قوله في الرد كالثوب تطيّره الريح الى داره يجب عليه إعلام صاحبه به ، فإن اخر متمكناً ضمن .

الإتلاف بشيء من الدلالات ، والأصل براءة الذمة ، ولعموم : ﴿ولا تزرُ وازرة وزرَ أُخرى﴾[1] . وأما إذا أذن السيد في الإتلاف فأتلف ، فان الضمان يتعلق به ، اذ لا ذمة للعبد ، هذا حكم ما إذا أتلف .

أما اذا قصّر في الحفظ فلا يخلو : إما أن يكون قبول الوديعة باذن السيد ، أو بدون إذنه ، فان كان بدون الإذن فلا شيء عليه لو تلفت ، لعدم جواز قبولها وعدم وجوب الحفظ عليه ، وتضييع المال من المالك ، وإن كان باذنه فلا يخلو : إما أن يكون التضييع باذنه ولو بمنعه من الحفظ ، أو لا ، ففي الأول الضمان على المولى ، وفي الثاني الضمان على العبد ويتبع به .

قوله : (أما لو استودع مختاراً فإنه يلزمه الحفظ) .

هل يستحق عليه أُجرة؟ فيه نظر ، من أنه عمل محترم صدر من فاعله بالإذن ، ومن ابتناء الوديعة على التبرع ، والأصل براءة الذمة ، فشغلها يتوقف على دليل .

قوله : (ويجب عليه إعلام صاحبه به ، فان أخر متمكناً ضمن) .

لأنه بوقوعه في داره قد دخل تحت يده ، ولما لم يكن ذلك بسعيه امتنع كونه ضامناً ، لكن يجب إعلام المالك على الفور ، لأن وضعه تحت يده بغير

---

(١) الأنعام: ١٦٤.

الفصل الثاني: في موجبات الضمان : وينظمها شيء واحد : وهو التقصير وأسبابه ستة :

الأول: الانتفاع : فلو لبس الثوب أو ركب الدابة ضمن ، إلا أن يركب لدفع الجموح عند السقي ، أو يلبس لدفع الدود عند الحر . وكذا يضمن لو اخرج الدراهم من كيسها لينتفع بها ـ وإن كان الكيس ملكه ـ

إذنه ، فيقتصر على الحكم بنفي الضمان على مقدار الضرورة .

قوله : (وينظمها شيء واحد هو التقصير ، وأسبابه ستة :

الأول : الانتفاع ، فلو لبس الثوب أو ركب الدابة ضمن ، إلا أن يركب لدفع الجموح عند السقي) .

ذكر السقي على طريق التمثيل ، فإنه لو احتاج في أخذها إلى المرعى إلى ذلك جاز ، وكذا ما جرى هذا المجرى .

في الصحاح : جمح الفرس جموحاً : اذا أعيى فارسه وغلبه[1] .

قوله : (أو يلبس لدفع الدود عند الحر) .

فإن بعض الثياب وهو الصوف يفسده الدود في زمان الحر ، فلو لبس الثوب عند خوف الفساد بدونه لم يضمن ، بل قد يجب عليه اللبس ، لأن الحفظ واجب ، فيجب ما يتوقف عليه ، فلو أخل به ففسد ضمن ، إلاّ أن ينهاه المالك فلا ضمان عليه .

وهل يكون قد فعل حراماً؟ قال في التذكرة : فيه إشكال أقربه ذلك ، لأن إضاعة المال منهي عنها[2] ، وللنظر فيه مجال .

قوله : (وإن كان الكيس ملكه وأعادها إليه) .

---

(١) الصحاح (جمح) ١ : ٣٦٠ وفيه : اذا اعتزّ فارسه وغلبه .

(٢) التذكرة ٢ : ١٩٨ .

وأعادها اليه .

ولو نوى الأخذ للانتفاع ولم يأخذ لم يضمن ، بخلاف الملتقط الضامن بمجرد البينة ؛ لأن سبب أمانته مجرد البينة . وكذا لو جدد الإمساك لنفسه ، أو نوى بالأخذ من المالك الانتفاع ،

لأن الإخراج بهذه النية تصرف يصير به ضامناً ، فبإعادته إياها إلى موضعها لا ترجع أمانته .

قوله : (ولو نوى الأخذ للانتفاع ولم ياخذ لم يضمن بخلاف الملتقط الضامن بمجرد النية، لأن سبب أمانته مجرد النية) .

أي : لو أخذ المستودع الوديعة على قصد الحفظ ، ثم نوى الأخذ للانتفاع ولم يأخذ ، فلم يحدث منه سوى تغيير النية لم يضمن ، بخلاف الملتقط فانه يضمن بمجرد نية ذلك .

والفرق : ان أمانة الملتقط إنما تثبت بمجرد نية الأخذ للتعريف ، إذ لا استئمان من المالك ولا ممن يقوم مقامه ، وفي الوديعة الإستئمان من المالك ، فلا يزول بدون مخالفته ، ولا تتحقق المخالفة إلّا بفعل[1] ينافي الحفظ ، وهو التصرف ولم يحصل ، وفي التذكرة قال : في الضمان إشكال[2] .

قوله : (وكذا لو جدد الإمساك لنفسه ، أو نوى بالأخذ من المالك الانتفاع)

أي : وكذا يضمن ، فهو معطوف على ما قبل قوله : (ولو نوى الأخذ . . .) وقد وقع قوله : (ولو نوى) موقع الاعتراض ، فكانه قال : وكذا يضمن لو أخرج الدراهم من كيسها لينتفع بها لا إن نوى الأخذ ولم يأخذ ، بخلاف الملتقط إلى آخره .

---

(١) في «ق»: بقصد.

(٢) التذكرة ٢ : ١٩٨ .

وكذا لو أخرج الدابة من حرزها للانتفاع وإن لم ينتفع . ولا تعود أمانته لو ترك الخيانة ، فلو رد الوديعة الى الحرز لم يزل الضمان ما لم يجدد الاستئمان .

والمراد : أنه لو أمسك للحفظ ، ثم جدد الإمساك لنفسه يضمن ، للتصرف المنافي للحفظ ، وكذا يضمن لو أخذها من أول الأمر من المالك على قصد الانتفاع ، إذا لم يقبضها على سبيل الأمانة فلا يكون أميناً .

قوله : (وكذا لو أخرج الدابة من حرزها للانتفاع وإن لم ينتفع) .

لأن الإخراج تصرف لغير الحفظ ، فيكون غير مأذون فيه .

قوله : (ولا تعود أمانته لو ترك الخيانة، فلو رد الوديعة الى الحرز لم يزل الضمان ما لم يجدد الاستئمان) .

أي : لا تعود أمانته بعد صيرورته ضامناً في المسائل كلّها لو ترك الخيانة وعزم على الحفظ ، فلو رد الوديعة إلى الحرز ـ إن كان قد أخرجها ، أو خلع الثوب إن كان قد لبسه ـ لم يبرأ بذلك ، لأنه قد صار ذا يد عدوان ، فلا يزول إلا بالاستئمان من المالك .

ويتحقق الاستئمان : بأن يدفعها إلى المالك ، ثم يعيدها إليه أمانة ، ولو لم يدفعها الى المالك لكن جدد له الاستئمان : بأن قال له : أذنت لك في حفظها ، أو أودعتكها ، أو استأمنتك عليها ، أو أبرأتك من ضمانها ونحو ذلك ، فهل تعود أمانته؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ، واختاره في التذكرة[1] ، لأن التضمين لحق المالك وقد رضي بسقوطه .

---

(١) التذكرة ٢ : ١٩٩ .

ولو مزجها بماله بحيث لا يتميز ضمن .

ولو اتلف بعض الوديعة المتصل ضمن الباقي كما لو قطع يد العبد ، أو بعض الثوب .

ولو كان منفصلاً أو المودع مخطئاً ضمنه خاصة ،

والثاني : لا ، لعموم : « على اليد ما اخذت حتى تؤدي »[1] .

ويرده القول بالموجب ، لأن الأداء يتحقق باستنابة المالك إياه ثانياً ، فتصير يده كيده ، لأن يد النائب كيد المنوب ، ومختاره قوي . ومثله : ما لو حفر بئراً في ملك غيره عدواناً ثم أبرأه المالك .

ولو قال له المالك من أول الأمر : استودعتك ، فان خنت ثم تركت الخيانة عدت أميناً ، لم يعد أميناً ، والفرق : ثبوت الضمان في الأول فيمكن إسقاطه ، بخلاف الثاني ، ولأنه معلق .

قوله : (ولو مزجها بماله بحيث لا يتميز ضمن) .

لأنه تصرف غير مأذون فيه ، لا من المالك ولا من الشارع ، وللتعيب بالشركة .

ولا فرق في ذلك بين المزج بأدون ، أو أعلى ، أو مساوٍ ، خلافاً لبعض العامة في الأخيرين .

قوله : (ولو أتلف بعض الوديعة المتصل ضمن الباقي ، كما لو قطع يد العبد أو بعض الثوب ، ولو كان منفصلاً أو المودع مخطئاً ضمنه خاصة) .

الصور أربع ، لأن الإتلاف : إما عمداً ، أو خطأ ، وعلى التقديرين : إما

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٦ : ٩٥، سنن ابن ماجة ٢ : ٨٠٢ حديث ٢٤٠٠، سنن الترمذي ٢ : ٣٦٨، حديث ١٢٨٤ مسند أحمد ٥ : ٨.

كما لـو أخرج بعض الدراهم ، فإن اعادها بعينها ومزجها فكذلك .

ولو أعاد مثلها ومزجها ضمن الجميع ،

لبعض متصل ، أو لبعض منفصل .

فان أتلف عمداً لبعض متصل ضمن التالف والباقي ، لأن التصرف في المجموع فيضمنه ، كما لو قطع يد العبد أو أتلف بعض الثوب ، وجمع بين المثالين لينبه على ما يكون لمقطوعه بعد القطع قيمة وما لا قيمة له .

وإن كان خطأً ضمن التالف خاصة ، وهو أرش جناية قطع يد وقطع الثوب ، لأن الباقي مملوك للمودع ، ولم يتحقق من المستودع خروج عن مقتضى الحفظ ، إذ الإتلاف خطأً إنما يكون بظنه ثوبه ، أو عبده ، أو صدوره عن غير قصد ونحو ذلك ، ولا يكون ذلك خروجاً عن مقتضى الوديعة ، وثبوت الضمان عليه في التالف ليس لخيانته ، بل لأن الإتلاف وجب للضمان عمداً وسهواً ، نعم لو سرت الجناية على العبد ضمن وإن كان مخطئاً ، لثبوت الإتلاف بفعله ، فيجب أن يقيد إطلاق العبارة .

ولو كان البعض منفصلاً لم يضمن ، سوى ذلك البعض ، عمداً كان الإتلاف أو سهواً ، لأن التصرف المنافي للاستيداع إنما وقع في ذلك البعض خاصة ، وقول المصنف : (خاصة) يتعلق بالصور الثلاث ، وهي : ما إذا كان البعض منفصلاً ، أو مطلقاً ، أو المودع مخطئاً .

قوله : (كما لو أخرج بعض الدراهم ، فان أعادها بعينها ومزجها فكذلك ، ولو أعاد مثلها ومزجها ضمن الجميع) .

الفرق : حصول الشركة باختلاط مال المستودع بمال آخر ، وهو عيب في الثاني بخلاف الأول ، لأن المثل وإن وجب على المستودع إلا أنه لا يملكه ، إلّا أن يقبضه هو أو وكيله ، فهو باق على ملك المستودع ، فتتحقق الشركة بخلطه ،وفي الأولى إنما خلط مال المالك بماله ، فلا يضمن سوى ما تصرف فيه.

وكذا يضمن الجميع لو فتح الكيس المختوم سواء أخذ منه شيئاً أو لا ، بخلاف ما لو ختمه هو . ولو مزج الوديعتين بحيث لا مائز ضمن الجميع وإن اتحد المالك .

ولو مزج بإذن أحدهما ضمن الأخرى .

وقول المصنف : (فكذلك) معناه : ضمانه ذلك البعض خاصة والمشبه به المشار إليه هو قوله : (ولو كان منفصلاً . . .) .

قوله : (وكذا يضمن الجميع لو فتح الكيس المختوم ، سواء أخذ منه شيئا أو لا ، بخلاف ما لو ختمه هو) .

لأن فض الختم تصرف غير مأذون فيه ، لا من المالك ولا من الشارع ، ولما فيه من الهتك ، أما لو ختمه هو فلا ضمان ، إذ لا هتك فيه ولا نقصان عما فعله المالك (وهذا اذا لم يكن الختم منه بأمر المالك ، فان كان بأمره فهو كختم المالك)[1] .

قوله : (ولو مزج الوديعتين بحيث لا مائز ضمن الجميع وإن اتحد المالك) .

أما إذا تعدد المالك فلا بحث ، لأن الشركة عيب ، وأما إذا اتحد ، فلأن المزج تصرف غير مأذون فيه ، ولأن التمييز بينهما مظنة تعلق غرض به ، ففي الخلط تفويت لذلك الغرض ، لكن يفهم من قوله : (بحيث لا مائز) أنه لو كان ثم مائز لم يضمن .

ويشكل بأن هذا القدر من التصرف كاف في الوديعة ، فيجب به الضمان خصوصاً ، والخلط يقتضي إخراج أحد المالين من كيسه ، ومثله ما لو رد بدل البعض المأخوذ وخلطه بحيث يتميز .

قوله : (ولو مزج بإذن أحدهما ضمن الأُخرى) .

---

(١) ما بين القوسين لم يرد في «م».

ولو مزج غيره ضمنهما المازج . والشد كالختم إن كان من المالك ضمن إذا حله لنفس الحل وإن لم يتصرف ، وإلا ضمن بالأخذ .

ولو اذن له المالك في أخذ البعض ولم يأذن في رد البدل فرده ومزجه ضمن الجميع .

الثاني: الايداع : فلو اودعها عند زوجته أو ولده أو عبده أو أجنبي وإن كان ثقة من غير ضرورة ولا إذن ضمن .

هذا إذا اختلف مالك الوديعتين .

قوله : (والشد كالختم إن كان من المالك ضمنه ، إذا حلّه بنفس الحل وإن لم يتصرف) .

في التذكرة : لو حلّ الخيط الذي شد به رأس الكيس أو رزمة الثياب ، لم يضمن ما في الكيس والرزمة وإن فعل ذلك للأخذ ، بخلاف فض الختم وفتح القفل ، لأن القصد منه المنع من الانتشار ولم يقصد به الكتمان عنه[1] .

هذا كلامه ، وما ذكره من الفرق غير ظاهر ، وما هنا هو المعتمد ، للتصرف المخالف لمقتضى الوديعة ، ولما فيه من الهتك المنافي لما أراده المالك من الشد .

قوله : (وإلا ضمن بالأخذ) .

أي : وإن لم يكن من المالك ضمن بالأخذ لا بنفس الحل ، لعدم الهتك ، لكن ينبغي أن يستثنى منه ما اذا شده المستودع باذن المالك .

قوله : (الثاني : الإيداع ، فلو أودعها عند زوجته ، أو ولده ، أو عبده ، أو اجنبي وإن كان ثقة من غير ضرورة ضمن) .

أي : وإن كان كل واحد من هؤلاء ثقة إذا كان الإيداع من غير ضرورة ،

---

(١) التذكرة ٢ : ١٩٨ .

وكذا لو سافر بها مختاراً مع أمن الطريق ، أما لو سافر بها مع خوف تلفها مع الإقامة فإنه لا يضمن ، وكذا لو اودعه حالة السفر وإذا أراد السفر ردها على المالك ، فإن تعذّر فعلى الحاكم ، فإن تعذر أودعها من الثقة ولا ضمان ،

أما إذا كان ضرورة ففيه تفصيل يأتي إن شاء الله تعالى ، وجوز بعض العامة الإيداع من الزوجة والعبد والولد اختياراً[1] ، وهو غلط .

قوله : (وكذا لو سافر بها مختاراً مع أمن الطريق) .

لو قال : وإن كان مع أمن الطريق ، شمل حكم الخوف ،والمراد بكونه مختاراً : عدم حصول ضرورة تدعو إلى السفر بها .

قوله : (وكذا لو أودعه حالة السفر) .

أي : وكذا لا ضمان لو أودعه المالك حالة السفر فسافر بها ، لأن المالك رضي به حيث أودعه ، فكان له إدامة السفر والسير بالوديعة .

قوله : (وإذا أراد السفر ردّها على المالك ، فان تعذر فعلى الحاكم ، فان تعذر أودعها من ثقة ولا ضمان) .

أي : إذا أراد من عنده الوديعة ـ وهو حاضر ـ السفر ردّها على المالك أو وكيله ، ولا يجوز له الرد على الحاكم مع التمكن من المالك ، لأن الحاكم لا ولاية له على الحاضر ، فان تعذر المالك ـ لغيبته ، أو تواريه ، أو حبسه مع تعذر الوصول اليه ونحو ذلك ـ ووكيله ردّها على الحاكم ، فان تعذر أودعها من ثقة وهو العدل ، لأن الفاسق لا أمانة له .

ثم ما الذي يراد بالسفر هنا؟ لم أقف له على تحديد ، والمتبادر منه شرعاً : قصد المسافة ، فعلى هذا لا يجب الرد إلا بالخروج إلى مسافة . وهو

---

(١) هو مالك كما في بلغة السالك ٢ : ٢٠١ .

وكذا لو تعذر ردها على مالكها فإنه يعيدها الى الحاكم ، فإن تعذّر فالثقة مع الحاجة ،

مشكل ، لأنه متى خرج المستودع من بلد الوديعة على وجه لا يعد (في يده عرفاً يجب أن يقال : إنه ضامن ، لأنه أخرج الوديعة من يده فقصّر في حفظها فيضمن ، وينبغي الجزم بأن تردده في البلد ، وحوله في المواضع التي لا يعد)[١] الخروج إليها في العادة خروجاً عن البلد وانقطاعاً عنه ، كالبساتين ونحوها لا يجب معه رد الوديعة .

وتعذر المالك والحاكم يكفي فيه لزوم المشقة الكثيرة التي يعد ذلك معها في العادة متعذراً . وإذا لم يجد واحداً من المالك والحاكم والثقة ، لم يجز له السفر بها ولا تركها في غير يد ثقة ، لكن يلوح من عبارة التذكرة : أنه إذا التزم خطر الضمان يجوز له السفر بها ، حيث خيّره بين أمرين : إما تأخير السفر ، أو التزام الضمان[٢] .

هذا كله إذا لم يكن السفر ضرورياً ، فمع الضرورة وفقد الجميع فإنه يسافر بها ولا ضمان ، إذ « لا ضرر ولا ضرار »[٣] ونقل في التذكرة على ذلك الاجماع[٤] .

قوله : (وكذا لو تعذّر ردّها على مالكها ، فانه يعيدها إلى الحاكم ، فان تعذر فالثقة مع الحاجة) .

متى أراد المستودع رد الوديعة على مالكها ، وتعذر المالك ردها على

---

(١) ما بين القوسين لم يرد في «ق» .

(٢) التذكرة ٢ : ٢٠٠ .

(٣) الكافي ٥ : ٢٨٠ ، ٢٩٢ ، ٢٩٤ حديث ٤ ، ٢ ، ٨ ، الفقيه٣ : ٤٥ ، ١٤٧ حديث ١٥٤ ، ٦٤٨ ، التهذيب٧ : ١٤٦ ، ١٦٤ حديث ٦٥١ ، ٧٢٧ .

(٤) التذكرة٢ : ٢٠٠ .

فإذا خالف هذا الترتيب في الموضعين مع القدرة ضمن .

والأقرب وجوب القبض على الحاكم

الحاكم ، فان تعذر[١] فالثقة ، لكن إنما يجوز ذلك مع الحاجة الداعية إلى ذلك ، وبدونها يضمن .

ثم الحاجة أي شيء يراد بها؟ لم أجد بها تعيناً في كلامهم ، وفي التذكرة قال : إذا تبرّم المستودع بالوديعة فسلّمها إلى القاضي ضمن ، إلاّ مع الحاجة[٢] .

ولقائل أن يقول : إن دوام وجوب المحافظة على الوديعة ومراعاتها من الأُمور الشديدة المشقة ، ودفع هذه المشقة أمر مطلوب ، وهو من آكد الحاجات ، فيسوغ معه التسليم إلى الحاكم ، لكن هذا إنما يكون مع طول الزمان ونحو ذلك .

قوله : (وإذا خالف هذا الترتيب في الموضعين مع القدرة ضمن)

لقائل أن يقول : إن قوله : (مع القدرة) مستدرك ، لأنه لا معنى له إلا العدول عن المالك إلى الحاكم بدون تعذر المالك ، وكذا القول في العدول عن الحاكم إلى الثقة .

قوله : (والأقرب وجوب القبض على الحاكم) .

أي : إذا جاءه بالوديعة المستودع عند إرادة السفر والحاجة وجب عليه القبض ، ووجه القربْ : أنه منصوب للمصالح ، ولو لم يجب القبض فاتت المصلحة المطلوبة من نصبه وهو الأصح . ويحتمل ضعيفاً العدم تمسكاً بأصالة البراءة .

---

(١) في «م»: ومع تعذره.

(٢) التذكرة ٢ : ٢٠١ .

وكذا المديون والغاصب اذا حملا الدين أو الغصب اليه .

ولو أراد السفر فدفنها ضمن ، إلا أن يخاف المعاجلة . ومن حضرته

قوله : (وكذا المديون والغاصب إذا حملا الدين أو الغصب إليه)

ولا يتقيد هذا بإرادة السفر ، ولا بحصول الحاجة بالنسبة إلى الغاصب ، لأن يده يد عدوان ، وينبغي أيضاً في المديون ذلك ، لأن براءة الذمة أمر مطلوب ، والمراد بقوله : (وكذا . . .) المساواة بينهما وبين المستودع في وجوب القبول على الحاكم إذا حملا المال إليه .

ويحتمل عدم وجوب القبول ، نظراً إلى أن البقاء في يد الغاصب أعود على المالك ، لكونه مضموناً في يده ، وكذا المديون ، لأن الدين في ذمته .

قوله : (ولو أراد السفر فدفنها ضمن ، إلا أن يخاف المعاجلة) .

أي : لو أراد السفر ، فاقتصر في الوديعة على دفنها ضمن ، لأن ذلك تضييع لها ، فانه ربما هلك في سفره فلا يصل إليها المالك ، أو انهدم المنزل فلا يعرف مكانها ، سواء كان موضع الدفن حرزاً أم لا ، وسواء أعلم بها غير ثقة أو لم يعلم أحداً .

ولو أنه أعلم بها ثقة ، وكان ساكناً في الموضع بحيث يكون في يده ، وتعذر المالك والحاكم جاز ولا ضمان ، لأنه كالإيداع نص عليه في التذكرة[1] ، ومنه يعلم أن الدفن يعدّ حرزاً .

ولو خاف المعاجلة فدفنها ، فلا ضمان وإن لم يردّها إلى المالك أو الحاكم ، ولم يجعلها تحت يد ثقة ، وفسّر شيخنا الشهيد المعاجلة بتفسيرين :

أحدهما : معاجلة السراق ، وهو المتبادر من عبارة التذكرة ، فانه قال :

---

(١) التذكرة٢ : ٢٠٠ .

الوفاة وجب عليه الوصية بما عنده من الوديعة فإن أهمل ضمن ، إلا أن يموت فجأة على اشكال .

ولو خاف المعاجلة عليها فدفنها فلا ضمان[1] ، وهو صحيح ، لأن حفظها حينئذ لا يكون إلا بالدفن ، لكن يعتبر الدفن في موضع يعد حرزاً ، وشأنه أن يخفى على السراق .

الثاني : معاجلة الرفقة إذا أراد السفر وكان ضرورياً ، وكان التخلف عن تلك الرفقة مضراً ، وإن وقع في كلامه مطلقاً فانه إذا دفن في حرز فلا ضمان عليه .

قوله : (فإن أهمل ضمن ، إلا أن يموت فجأة على إشكال) .

ينبغي أن يكون الاستثناء منقطعاً ، فانّ موت من حضرته الوفاة فجأة غير متصور ، ومنشأ الإشكال : من تقصيره بترك الوصية المفضي إلى تلف الوديعة ، ومن أنه بنى على الظاهر ، فان الصحيح ظاهر حاله استمرار البقاء ، مالم تحصل امارة الموت ، ولو وجب الضمان هنا لاقتضى وجوب الوصية على كل مستودع من حين قبض الوديعة ، حتى أنه لو أخر ساعة يضمن ، وعمل جميع الفقهاء على خلافه .

والحق أن هذا الاشكال في غاية الضعف ، لأن الإيصاء إذا لم يجب إلا عند امارة الموت ، لم يعد تركه بدونها تقصيراً ، فلا يترتب عليه الضمان بوجه ، والعجب أن الشارح الفاضل اختار الضمان هنا معللاً بالتفريط[2] ، ولا شبهة في فساده .

---

(١) المصدر السابق.

(٢) ايضاح الفوائد ٢ : ١١٥.

ولو أوصى الى فاسق ، أو أجمل كقوله : له عندي ثوب وله أثواب ضمن ، أما لو قال : عندي ثوب ولم يوجد في التركة ثوب لم يضمن تنزيلاً على التلف قبل الموت على اشكال .

قوله : (ولو أوصى إلى فاسق أو أجمل ، كقوله : عندي ثوب وله أثواب ضمن) .

أما الوصية إلى الفاسق فإنها تزيد التضييع ، لأنه مع السلطان عليها أقرب إلى الخيانة[1] وأما مع الإجمال فلأنه لا يعرف حينئذ عين الوديعة ، فلا يكون الرد ممكناً بحسب العادة ، وذلك مناف للحفظ .

ويفهم من قوله : (وله أثواب) أنه لو لم يكن له إلّا ثوب واحد لا ضمان عليه ، وكأنه تنزيلاً للوصية عليه .

وفي التذكرة مال ـ بعد الاشكال ـ إلى أنه يضمن الوديعة لتقصيره بعدم تمييزها ، ولا يدفع إليه عين الموجود لإحتمال أن تكون الوديعة غيره[2] .

فإن قيل : يجوز أن تكون الوديعة قد تلفت قبل الوصية بغير تفريط ، فلا ضمان هنا ، والثوب الموجود من التركة .

قلنا : مقتضى كلام الموصي بقاؤها إلى حين الوصية ، والأصل عدم التلف ، فيعد ضامنا لعدم التمييز ، ويحتمل مع ذلك تنزيل إطلاقه على ذلك بالثوب ، لأن الأصل عدم غيره .

قوله : (أما لو قال : عندي ثوب ولم يوجد في التركة ثوب لم يضمن ، تنزيلاً على التلف قبل الموت على إشكال) .

ينشأ : من قول أكثر علمائنا بالضمان ، محتجين بظاهر قوله عليه

---

(١) في «م»: الجناية.
(٢) التذكرة ٢: ٢٠١.

ولو وجد على كيس مختوم أنه وديعة فلان لم يسلّم اليه ، وكذا لو وجد في دستورة إلا بالبينة .

الثالث: التقصير في دفع المهلكات : فلو ترك علف الدابة أو سقيها مدّة لا تصبر عليه عادة فهلكت ضمن ، سواء أمره المالك أو لا ،

السلام : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي »[1] والمسقط هو التلف من غير تفريط ، وهو مشكوك فيه ، ومن أن مجرد الاستيداع ليس سبباً في الضمان ، بل السبب التفريط وهو غير معلوم ، فالحكم بالضمان مع عدم علم سببه باطل .

وينبغي أن يقال : إن أجمل الوصية ولم يبين الثوب ، بني الضمان على[2] عدّ ذلك تقصيراً ، وإن بينه فلا مقتضي للضمان ، لأن الأصل براءة الذمة ، والواجب في الوديعة ردّها مع وجود العين لا بدونه ، والانتقال إلى البدل إنما هو مع الضمان ولا مقتضي له ، وهذا هو التحقيق .

واعلم أنه ليس المراد بالإيصاء دفع الوديعة إلى الوصي ، فان هذا هو الإيداع الممنوع عنه مع عدم الحاجة ، وتعذر المالك والحاكم (بل المراد الأمر بالرد من غير أن يخرجها من يده ، ولو أودع في هذه الحالة مع تعذر المالك والحاكم)[3] لم يمنع منه ، لأن ظهور امارات[4] الموت أشد خطراً من السفر .

واعلم أيضاً أن حضور الوفاة المراد به حصول المرض المخوف ، والحبس للقتل ونحوه .

قوله : (الثالث : التقصير في دفع المهلكات ، فلو ترك علف الدابة أو سقيها مدة لا تصبر عليه عادة فهلكت ضمن،سواءأمرهالمالكأو لا) .

---

(١) السنن الكبرىٰ ٦ : ٩٥، سنن الترمذي ٢ : ٣٦٨ حديث ١٢٨٤، سنن ابن ماجة ٢ : ٨٠٢ حديث ٢٤٠٠، مسند أحمد ٥ : ٨، عوالي اللآلي ٣ : ٢٥١ حديث٣.

(٢) في «ق»: ولم يبين الثوب في الضمان.

(٣) ما بين القوسين لم يرد في «م».

(٤) في «ق»: امارة.

ويرجع على المالك وإن نهاه على أشكال اذا لم يتبرع ،

ولو لم تهلك بل نقصت ضمن النقص ، ولو لم يحصل واحد من الأمرين صار ضامناً وخرج عن كونه أميناً ، ويجب علفها وسقيها بما جرت العادة به بالنسبة إلى أمثالها ، ولا فرق في ذلك بين أن يأمره المالك بالعلف والسقي أو لا .

قوله : (ويرجع على المالك وإن نهاه على إشكال إذا لم يتبرع) .

إذا علّف المستودع الدابة وسقاها كان له الرجوع على المالك ، لأن ذلك مأمور به شرعاً ، إذ لا يتم الحفظ بدونه ، فلا تضييع عليه إن لم يقصد التبرع .

فلو نهاه المالك عن العلف والسقي ، فقام به لكونه واجباً عليه من ، حيث أنه حق لله تعالى ، وأنّ إتلاف المال منهي عنه ، فهل له الرجوع به على المالك مع قصد عدم التبرع؟ فيه إشكال، ينشأ : من نهي المالك المقتضي لصدورهما بغير إذن وذلك هو التبرع، ومن عدم اعتبار ذلك النهي فإنه محرّم ، والعلف والسقي لوجوبهما مأذون فيهما شرعاً وإذن الشارع قائم مقام إذن المالك، وهو الأصح ويتحقق عدم التبرع ظاهراً مع عدم إذن المالك ووكيله بإذن الحاكم ، ومع تعذره فبالإشهاد ، فان تعذر قال في التذكرة : الأقرب أنه يرجع مع قصده الرجوع وتقدم قوله في ذلك ، لأنه أعرف بقصده[1] ، هذا كلامه ، وهو حسن .

وتقديمه إنما هو باليمين ، والانفاق عليها من مال المالك جائز مع الظفر به وتعذر إذنه ، لكن مع إذن الحاكم إن أمكن ، فان لم يوجد رأى الحاكم المصلحة في الاقتراض عليه ، أو إجارتها ، أو بيع بعضها ، أو بيعها ، ومع عدم الحاكم وانتقال الحكم إلى المستودع ، يقوم مقام الحاكم في ذلك .

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٠٣ .

أما لو نهاه عن العلف أو السقي فتركه عصى ولا ضمان .

ويضمن لو ترك نشر الثوب المفتقر اليه ، أو طرح الأقمشة في المواضع التي تعفنها ، أو لم يعرض الثوب الذي يفسده الدود للريح ، ولو لم يندفع إلا باللبس وجب إلا مع نهي المالك

ولو أمر خادمه بالسقي أو العلف لم يضمن ؛ لاعتياده .

قوله : (أما لو نهاه عن العلف أو السقي فترك عصى ولا ضمان) .

أما عصيانه ، فلأنه ضيّع حق الله سبحانه ، وأما عدم الضمان ، فلأن إتلاف مال المالك بإذنه فلا يستعقب ضماناً .

قوله : (ولو لم يندفع إلا باللبس وجب ، إلاّ مع نهي المالك) .

مقتضاه عدم الوجوب مع نهيه ، وهو مخالف لما في التذكرة[1] ، نظراً إلى أنّ إضاعة المال محرّمة .

قوله : (ولو أمر خادمه بالسقي أو العلف لم يضمن لاعتياده) .

هذا إذا كانت الدابة مع ذلك في يده ، فلو أخرجها من يده وبعثها على يد الخادم للسقي أو العلف ، فإن لم يكن الخادم أميناً ضمن ، وإن كان أميناً فقد قال في التذكرة : الأقرب عدم الضمان ، لقضاء العادة بالاستنابة في ذلك[2] ، وما قرّ به قريب .

وربما قيل : إن الوجهين مخصوصان بمن يتولى ذلك بنفسه ، فأما غيره فلا ضمان قطعاً ، ولا يخلو من وجه .

إذا عُلم هذا ، فعبارة الكتاب مطلقة ، فتقتضي عدم الضمان وإن لم يكن

---

(١) التذكرة٢ : ٢٠٢ .

(٢) التذكرة ٢ : ٢٠٣ .

ولو اخرجها من منزله للسقي مع أمن الطريق أو خوفه ضمن ، إلا مع الضرورة كعدم التمكن من سقيها أو علفها فيه وشبهه .

الرابع : المخالفة في كيفية الحفظ : فلو عيّن له موضعاً للاحتفاظ وجب الاقتصار عليه ، ويضمن لو نقل ، إلا الى ما هو احرز أو مساوٍ على رأي ، فإن تلفت بالنقل اليه كانهدامه ضمن . ولا يجوز نقلها الى الأدون وإن كان حرزاً ، إلّا مع الخوف في إبقائها في الأول وعدم تمكنه من المساوي .

الخادم أميناً ، إلا أن يقال : الحكم بعدم الضمان إذا كان فعل الخادم مجرد السقي ، لا أخذ الدابة إلى الماء والعلف .

قوله : (ولو أخرجها من منزله للسقي مع أمن الطريق أو خوفه ضمن ، إلا مع الضرورة ، كعدم التمكن من سقيها وعلفها فيه وشبهه) .

قال في التذكرة : ولو أخرجها من غير ضرورة للعلف والسقي ، فان كان الطريق آمناً لا خوف فيه وأمكنه سقيها في موضعها ، فالأقرب عدم الضمان ، لاطراد العادة بذلك[1] . هذا كلامه ، وما ذكره قريب ، لأن الحفظ إنما ينزّل على الأمور المطردة في العادة .

قوله : (الرابع : المخالفة في كيفية الحفظ ، فلو عيّن له موضعاً للاحتفاظ وجب الاقتصار عليه ، ويضمن لو نقل ، الا إلى ما هو أحرز أو مساوٍ على رأي) .

صرّح الشارح[2] وشيخنا الشهيد في حواشيه بأن الرأي في المساوي ، وهو الظاهر من عبارة الشارح العميدي ، وعبارة الشرائع[3] والارشاد[4] تشهد

---

(١) المصدر السابق.

(٢) ايضاح الفوائد ٢ : ١١٧ .

(٣) الشرائع٢ : ١٦٤ .

(٤) الارشاد (مخطوط): ١٣٣ .

....

بذلك ، فعلى هذا النقل إلى الأحرز جائز ولا ضمان به قولاً واحداً ، على ما يفهم من كلامهم .

ويدل عليه أن الرضى بوضع الوديعة في الأدون يدل على الرضى بالوضع في الأحرز بطريق أولى ، وأما المساوي ففيه قولان يلتفتان إلى أن تعيين الموضع أفاد تقدير الحرز به فقط ـ وأن المراد ما كان في هذه المرتبة ، كما كان تعيين زرع الحنطة في الإجارة ، وهذا التراكيب دال على جواز المساوي والأدون ـ أو أن المتبادر من التعيين هو الواجب؟

ولا ريب أن الإنتقال إلى المساوي غير ظاهر ، لثبوت المخالفة ، بخلاف الأحرز ، لدلالة مفهوم الموافقة على الرضى به .

ويشكل بأنه مع التعيين لشخص الحرز لا يدل ذلك على الرضى بالأحرز بمفهوم الموافقة ولا بغيره ، لأن شرط هذه الدلالة العلم بعلة الحكم ، وثبوتها في المسكوت عنه بوجه أقوى ، وذلك مع التعيين منتف ، لإمكان أن يراد خصوص المعين .

وحينئذ لا فرق بين الأحرز والمساوي من حيث الدليل ، لكن اللائح من كلام جمع من الأصحاب أنه لا خلاف في الأحرز ، فتشكل حينئذ المخالفة ، وإطلاق كلام ابن إدريس في السرائر يقتضي عدم الجواز مطلقاً ، حيث قال في سياق الضمان : أو خالف مرسوم صاحبها في كيفية حفظها[1] ، فإن من المخالفة نقلها إلى الأحرز في هذه الصورة .

واعلم : أن الحكم بضمانه بتلفها بانهدام المنزل المنقول اليه ، مع تجويز النقل مما لا يجتمعان ، فان النقل إن استفيد الاذن فيه من كلام المودع فلا ضمان به ، ولا يثبت به الضمان مطلقاً ، والذي يقتضيه النظر الضمان

(١) السرائر: ٢٦٣ .

ولـو نهـاه عن النقـل من حـرز معيّن ضمن بـالنقـل الى الأحــرز والمساوي ، إلا أن يخاف تلفها فيه ولو قال : وإن تلفت .

ولو عيّن له حرزاً بعيداً عنه وجب المبادرة اليه بما جرت العادة ، فإن أخر متمكناً ضمن .

ولو وضعها فيما عيّنه له فخاف من غرق أو حرق وجب نقلها الى حرز غيره ، فإذا تركها والحال هذه ضمنها ، سواء تلفت بالأمر المخوف أو بغيره .

مطلقاً ، والمنع من النقل مطلقاً إلا أن القول به موقوف على وجود الموافق .

قـوله : (ولـو نهاه عن النقـل من حرز معين ضمن بـالنقل إلى الأحـرز والمساوي ، إلا أن يخاف تلفها فيه) .

فإنه لا يضمن حينئذ ، حيث أن النقل جائز ، بل واجب ، لأنه مقدمة الحفظ المطلوب بالوديعة ، فيضمن لو أخل به حينئذ كما سيأتي .

وقوله : (ولو قال : وإن تلفت) وصليّ لما تقدم ، أي : لا ضمان عليه وإن قال له : لا تنقلها وإن تلفت ، وذلك لأن الحفظ واجب عليه ، للنهي عن إضاعة المال ، وإن كان لو ترك في هذه الصورة لا ضمان عليه كما سيأتي ان شاء الله تعالى .

قوله : (ولو عيّن له حرزاً بعيداً عنه وجب المبادرة إليه بما جرت العادة ، فان أخّر متمكناً ضمن) .

لأن الإطلاق إنما يحمل على الأمور المتعارفة في العـادة ، ولا يجوز التأخير لاستكمال وطره ، فيضمن .

قوله : (ولو وضعها فيما عيّنه له ، فخاف من غرق أو حرق وجب نقلها إلى حرز غيره فان تركها والحال هذه ضمنها، سواء تلفت بالأمر المخوف

ولو قال : لا تنقلها وإن خفت فنقلها من غير خوف ضمن ، ولو نقلها مع الخوف أو تركها لم يضمن كما لو قال : اتلفها .

ولو ادّعى الناقل عن المعيّن السبب كالغرق فأنكر المالك احتمل تقديم قول المالك لإمكان إقامة البينة ، وقول الودعي لأنه أمينه .

أو بغيره) .

هذا شامل لِما إذا عيّن له الموضع ، سواء نهاه عن النقل ولم يقل : وإن خفت تلفها ، أم لم ينهه ، لأنه في كل من الموضعين مأمور بالنقل الذي لا يتم الحفظ بدونه .

وبيّن حكم القسم الآخر ، وهو ما إذا قال : وإن خفت تلفها ، بقوله : (ولو قال : لا تنقلها وإن خفت ، فنقلها من غير خوف ضمن ، ولو نقلها مع الخوف أو تركها لم يضمن ، كما لو قال أتلفها) .

قد سبق ذكر الحكم الأول غير مرة .

وأما الثاني ، فلأن النقل واجب عليه ، فاذا أتى به كان مبالغاً في الحفظ ومحسناً فلا يضمن ، وإن لم يأت به كان التلف المستند إلى عدم النقل مستنداً إلى المالك ، لأنه على وفق قوله فلا ضمان به ، كما لو قال له : أتلفها فأتلفها .

قوله : (ولو ادّعى الناقل عن المعين السبب كالغرق ، فأنكر المالك ، احتمل تقديم قول المالك لإمكان إقامة البينة ، وقول الودعي لأنه أمينه) .

ولأنه محسن فلا سبيل عليه ، ولأنه إنما قبض لمحض مصلحة المالك فلا يناسب عدم قبول قوله بيمينه ، ولأن عدم تقديم قوله يقتضي إلى تنفر الأُمناء من الوديعة فربما أدى إلى تعذر حصولها .

ويضعّف الأول : بأن إمكان إقامة البينة لا يستلزم توقف القبول على

ولو أمره بالوضع في المنزل فوضعها في ثيابه ضمن ، ولو قال : ضعها في كُمِّك فجعلها في جيبه لم يضمن ؛ لأنه أحرز ، ويضمن بالعكس . ولو قال : اربطها في ثوبك فجعلها في يده احتمل الضمان لكثرة السقوط من اليد ، وعدمه لأنها أحفَظ من الطرار بالبط .

أما لو استرخى بنوم أو نسيان فإنه يضمن ،

إقامتها ، كما في دعوى التلف ، ومن هذا ظهر أن تقديم قوله باليمين قويّ .

قوله : (ولو قال : ضعها في كمك ، فجعلها في جيبه لم يضمن ، لأنه أحرز) .

بل يضمن على ما حقّقناه : من أنه لا يجوز النقل إلى الأحرز إذا عين المودع موضعاً .

قوله : (ولو قال : اربطها في ثوبك فجعلها في يده ، احتمل الضمان لكثرة السقوط من اليد ، وعدمه لأنها أحفظ من الطّرار بالشق) .

في الصحاح : وقد يكون الطر الشق ، ومنه الطرار[1] . إذا عرفت ذلك فالاحتمال الأول قويّ[2] لأن الكمّ أحرز ، وكون اليد أحفظ من الطّرار إنما هو في حال اليقظة ، أما مع الغفلة والنسيان فلا ، وذلك من الأُمور اللازمة ، وهل يكون الوضع في اليد حرزاً مع إطلاق المودع؟ فيه احتمال .

قوله : (أما لو استرخى بنوم أو نسيان فانه يضمن) .

أي : أما لو استرخى الواضع في اليد ، والحال ما سبق من أنه أمره بالربط في الثوب ، فانه يضمن ، لأن كون اليد حرزاً ـ على القول به ـ إنما هو في حال اليقظة ، فاذا حصل الاسترخاء بنوم ونحوه فقد زالت الحرزية ، فيتحقق

---

(١) الصحاح (طرر) ٢ : ٧٢٥.

(٢) في «ق»: أقوى.

فإن ربطه امتثالاً له وجعل الخيط الرابط من خارج الكم ضمن ، لأنه اغراء للطرار ، ولا يضمن لو جعله من داخل .

ولو نقل من صندوق الى صندوق والصناديق للمالك ضمن ، ولو كانت للمودع فهي كالبيوت ، ولو أمره بجعلها في صندوق من غير قفل فقفل عليها لم يضمن .

الضمان .

أو يقال : إنه قد خالف ، فاستند التلف إلى المخالفة ، فيشكل بأنه إذا كان جائزاً لا تقصير فلا ضمان .

قوله : (فان ربطه امتثالاً له وجعل الخيط الرابط من خارج الكم ضمن ، لأنه إغراء للطرار) .

أي : بعث له على الشق حيث أعدّ له الفرصة ، ونبّه على ما لم يكن بصدده .

قوله :(ولو نقل من صندوق إلى صندوق والصناديق للمالك ضمن).

لأن المالك بوضعه قد عيّن الحرز ، فاذا خالف ضمن ، إلاّ مع الخوف أو الحاجة ، وكذا لو كان الصندوق المنقول منه فقط للمالك .

قوله : (ولو كانت للمودع فهي كالبيوت) .

ظاهر السياق يومىء إلى الفرق بين كون الصناديق للمالك والمستودع ، وليس بواضح ، فان الوضع من المالك في صندوق المستودع إذا كان باذنه ، والإيداع على هذه الحالة لا يقصر عن تعيين البيت ، فلا يجوز النقل منه إلاّ في المواضع السابقة .

ويمكن أن يقال : إذا كان الصندوق للمالك ، فمجرد إخراج الوديعة منه

ولو قال : اجعلها في هذا البيت ولا تدخله أحداً فأدخل فيها ضمن ، سواء سرقت حال الإدخال أو بعده ، سرقها من دخل البيت أو غيره .

ولو قال : اجعل الخاتم في الخنصر فوضعه في البنصر لم يضمن ، بخلاف العكس .

تصرف فيها غير مأذون فيه ، فيجب به الضمان وإن كان إلى أحرز ، لأن ذلك تغيير بحال الوديعة ،بخلاف ما إذا كانت الصناديق للمستودع .

قوله : (ولو قال : اجعلها في هذا البيت ولا يدخله أحد ، فأدخل قوماً ضمن . . .) .

لو أدخل واحداً ضمن ، فليس إدخال القوم معتبراً في الحكم .

قوله : (ولو قال : اجعل الخاتم في الخنصر ، فجعله في البنصر لم يضمن) .

لأنه زاده حفظاً وحراسةً ، فان البنصر أغلظ من الخنصر ، فالحفظ فيه أكثر ، لأنه أبعد من القلع وأوثق ، لكن هذا إذا لم يكن وضعه في البنصر مفضياً إلى تلفه بالكسر أو الفك ونحوهما ، ولم يكن الخاتم لضيقه لا يبلغ أصل البنصر ، فيبقى في أنملته التي تلي أصله، فإنه يضمن، إذ لا يخفى ان أصل الخنصر أحرز من أنملة البنصر .

قوله : (بخلاف العكس) .

فانه لو أمره بوضعه في البنصر فوضعه في الخنصر ضمن للتضييع ، لكن هذا إذا كان بحيث يبلغ أصل البنصر ، أما إذا كان بحيث لا يبلغه ، فان أصل الخنصر أوثق ، وهذا كلّه مبني على أنّ النقل إلى الأحرز عن المعين جائز اختياراً ، أما على المختار من عدم جوازه إلّا عند الضرورة فلا يتأتّى ذلك .

ولو لم يعيّن موضعها وجب حفظها في حرز مثلها ، ولا يضمن بالنقل عنه وإن كان الى أدون .

ولو كانت في بيت صاحبها فقال له : احفظها في موضعها فنقلها من غير خوف ضمن ، لا معه .

الخامس: التضييع : بأن يلقيها في مضيعة ، أو يدل عليها سارقاً ،

قوله : (ولو لم يعيّن موضعاً ، وجب حفظها في حرز مثلها أو أعلى ، ولا يضمن بالنقل عنه وإن كان إلى أدون) .

ينبغي أن يكون الضمير في (عنه) راجعاً إلى الأعلى ، لأن الأدون من حرز مثلها ليس بحرز .

قوله : (ولو كانت في بيت صاحبها فقال له : احفظها في موضعها فنقلها من غير خوف ضمن لا معه) .

أي : لو كانت الوديعة في بيت مالكها ، فقال له : احفظها في موضعها ، لم يجز له نقلها بحال وإن كان إلى أحرز قولاً واحداً ، لأنه ليس بمستودع في الحقيقة ، وإنما هو وكيل في الحفظ ـ هذا إذا لم يكن خوف ـ فيضمن حينئذ ، لا إن نقلها مع الخوف فانه لا يضمن ، لأنه محسن .

قوله : (الخامس : التضييع ، بأن يلقيها في مضيعة أو يدلّ سارقاً)

أي : على مكانها ، قال في التذكرة : لو أخبر المستودع اللص بالوديعة فسرقها ، فان عيّن له الموضع ضمن ، لأنه فرّط في حفظها ، ولو لم يعين المكان لم يضمن[1] .

ويستفاد من قوله : (أو اقر بها لظالم) أن مجرد الإخبار بها هنا يقتضي

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٠٥ .

أو أقرّبها لظالم ، أو يسعى بها الى من يصادر المالك فيضمن .

ولو ضيّع بالنسيان فالأقرب الضمان .

الضمان ، وهو جيد ، والفرق : أن الظالم إذا علم أخذها قهراً والسارق لا يمكنه السرقة إلّا إذا علم موضعها .

ويمكن أن يقال : مجرد علم السارق موجب لسعيه في معرفة مكانها وأخذها ، فكان سبباً لتضييعها .

قوله : (أو يسعى بها إلى من يصادر المالك) .

أي : يأخذ أمواله ، وقد يقال : إن هذا كالمستغنى عنه ، لأن المصادر ظالم ، والسعاية بها إليه إجبار وزيادة .

قوله : (ولو ضيّع بالنسيان فالأقرب الضمان) .

أي : لو حصل تضييع الوديعة بسبب نسيانها ، كأن ترك نشر الثوب ـ حيث يفسده الدود بتركه ـ وسقي الدابة مع الضرورة ، وكذا إحرازها ونحو ذلك ، فالأقرب الضمان . ووجه القرب : أنه فرّط بنسيانه ، لقدرته على التكرار الموجب للتذكار .

ويحتمل العدم ، لقوله عليه السلام : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان[1] .

والحق الضمان ، لأن التضييع موجب للتفريط ، المقتضي لكون يد المستودع يد عدوان ، لأنه إنما أذن له في وضع يده للحفظ ، والعدوان موجب للضمان ، سواء عدّ مقصراً بالنسيان أم لا ، فانّ من وضع يده على مال غيره بغير حق وأتلفه نسياناً ضامن لا محالة .

---

(١) الخصال: ٤١٧ حديث ٩.

ولو سلّمها الى الظالم مكرهاً استقر الضمان على الظالم ، والأقرب انتفاؤه عنه . وهل يجب عليه الاختفاء لو طلبه الظالم ؟ الأقرب ذلك ،

قوله : (ولو سلّمها إلى ظالم مكرهاً استقرّ الضمان على الظالم) .

لأن التلف لو فرض وقوعه إنما هو في يده

قوله : (والأقرب انتفاؤه عنه) .

وجه القرب : أنه غير مقصّر ، لأن الفرض أن جميع ما يجب للوديعة من الحفظ حاصل ، ويده يد أمانة ، فيجب أن ينتفي الضمان ، لانتفاء مقتضيه ، كما لو تلف بدون تقصير منه .

ويحتمل الضمان ، لأنه مباشر لتسليم مال الغير إلى غير مالكه ، ولعموم : على اليد ما اخذت حتى تؤدي[1] ، واختاره في التذكرة[2] .

والأصح العدم ، لأن الإكراه صيّر فعله منسوباً إلى المكره ، ولأنه محسن فلا سبيل عليه ، إذ التسليم باذن الشارع ، ولأن قبضه لها إنما كان لمصلحة المالك ، فلا يناسب تضمينه بغير عدوان ، ولما فيه من سدّ باب الوديعة .

ولو أمكنه مصانعة الظالم بشيء يرجع به على المالك ، فليس ببعيد القول بالوجوب ، لأنه مقدمة الواجب .

واعلم : أن الإكراه يختلف باختلاف الأحوال ، وقد بين في الطلاق .

قوله : (وهل يجب عليه الاختفاء لو طالبه الظالم ؟ الأقرب ذلك) .

وجه القرب : أنه مقدمة للواجب ، وهو الحفظ ، ويحتمل العدم ، لما فيه من الضرر ، والأصح الأول .

---

(١) عوالي اللآلي ٣ : ٢٥١ حديث٣، السنن الكبرى ٦ : ٩٥، سنن ابن ماجة ٢ : ٨٠٢ حديث ٢٤٠٠، سنن الترمذي٢ : ٣٦٨ حديث ١٢٨٤ ، مسند أحمد ٥ : ٨.

(٢) التذكرة٢ : ٢٠٥ .

ويجوز الحلف كاذبا للمصلحة ، وتجب التورية على العارف .

ولو اكرهه على التسليم أو اليمين فسلمه ضمن ، ولو اكره على لتسليم لم يضمن به ، فإن تمكن من الدفع وجب ، فإن أهمل ضمن ، ولا يجب تحمل الضرر الكثير بالدفع .

قوله : (ويجوز الحلف كاذباً للمصلحة ، وتجب التورية على العارف) .

الأولى التعبير بالوجوب ، لأن جواز الحلف كذلك أنما يكون حيث يتوقف حفظ الوديعة عليه ، والحفظ واجب ، وإنما ساغ[1] الكذب هاهنا للمصلحة ، لأن ذهاب مال المسلم أشدّ قبحاً من هذا الكذب ، وتجب التورية على العارف بها ـ بأن يقصد ما يخرجه عن الكذب ـ تفصياً عن ارتكاب القبيح ، ومتى لم يحلف فأخذها الظالم ضمنها .

واعلم : أن العبارة لا تخلو من مناقشة ، حيث تقتضي ثبوت الكذب مع التورية ، ومعلوم أنه لا كذب معها ، ولو قال : ويجب الحلف على نفيها ويجب على العارف التوريةويغتفر لغيره الكذب للمصلحة ، لكان أولى .

واعلم : أنه يجوز قراءة الحلف بإسكان اللام على أنه مصدر ، وبكسره على أنه أسم لليمين .

قوله : (ولو أكرهه على التسليم أو اليمين فسلّم ضمن) .

لأن الإكراه علىْ أحد الأمرين ليس إكراها على أحدهما بعينه ، ومتى سلّم الوديعة مختاراً ضمنها .

قوله : (فإن تمكن من الدفع وجب ، فان أهمل ضمن ، ولا يجب تحمل الضرر الكثير بالدفع) .

---

(١) في «ق»: يباح.

السادس: الجحود : وهو موجب للضمان إن كان مع المالك بعد مطالبته لا مع مطالبة غيره ، وفي سؤال المالك اشكال ، فإن لم يقم بينة أو لم يعترف فالقول قوله مع اليمين ، فإن أقيمت عليه البينة فادعى الرد أو التلف من قبل : فإن كانت صيغة جحوده إنكار أصل الوديعة لم يقبل قوله بغير بينة ولا معها على الأقوى ، لتناقض كلاميه .

متى تمكن من دفع الظالم عن الوديعة بوجه من الوجوه وجب ، إذا لم يكن في الدفع ضرر كثير عادة ، فان أهمل حيث لا ضرر ضمن ، ومعه لا ضمان ، ومتى أمكن مصانعة الظالم عنها بشيء من المال فليس ببعيد الوجوب ، كمؤونة العلف ، ويرجع به على المالك مع عدم التبرع .

قوله : (السادس : الجحود ، وهو : موجب للضمان إذا كان مع المالك بعد مطالبته لا مع مطالبة غيره ، وفي سؤال المالك إشكال) .

أي : لو أنكر في وقت سؤال المالك إياه ، بقوله : لي عندك وديعة ، ففي ضمانه إشكال ، ينشأ : من أنه بإنكاره منع المالك عن طلبها ، فكان كمنعه عقيب المطالبة ، ومن أنه لم يصدر من المالك طلب ، والمنع مترتب عليه .

وفيه نظر؛ لأن جحود الوديعة يقتضي كون المستودع ليس عن المالك ، لأن نفي الملزوم يقتضي نفي لازمه من حيث هو لازمه ، فلا يكون أميناً عنه فيضمن ، وهو الأقرب .

ومتى أظهر عذراً لجحوده ـ سواء كان بعد طلب المالك أو سؤاله ـ بنسيان أو غلط ونحو ذلك وصدّقه المالك لم يضمن .

قوله : (فإن كان صيغة جحوده إنكار أصل الوديعة ، لم يقبل قوله بغير بينة ، ولا معها على الأقوى ، لتناقض كلامه) .

قال ابن الجنيد : تسمع دعواه من غير بينة ، فاذا حلف سقط الضمان ،

وإن كان صيغة الجحود : لا يلزمني شيء قبل قوله في الرد والتلف مع البينة ، وبدونها في الأخير ، وفي الأول على رأي .

لأن إنكاره يجوز أن يكون عن سهو ونسيان لها[١] . ومنع الشيخ[٢] من سماعها بدون البينة ومعها ، وهو الأصح ، لأنه بانكاره مكذب لدعواه الهلاك .

قال المصنف في المختلف : نعم لو طلب إحلاف الغريم كان له ذلك[٣] .

قلت : فيه نظر ، لأن المقتضي لمنع سماع بينته هو تكذيبه لدعواه ، وهو قائم هنا ، فلا يتوجه له اليمين ، إلاّ أن يقال : لعل الغريم يقرّ فينتفع .

لا يقال : البينة أقوى من الإقرار ـ فحيث لا تسمع لتكذيبه إياها لا يعتد بالإقرار ، فلا يتوجه اليمين طمعا فيه ـ لأنا نقول : إذا رجع عن التكذيب في الإقرار سمع ، بخلاف البينة .

قوله : (وإن كان صيغة الجحود : لا يلزمني شيء ، قبل قوله في الرد والتلف مع البينة ، وبدونها في الأخير وفي الأول على رأي) .

الفرق بين الصيغتين : أن الثانية لا تنافي حصول الإيداع ، بخلاف الأُولى ، فحينئذ تقبل بينته على الرّد أو التلف ، وبدونها تثبت بيمينه دعواه التلف ، لأنه أمين ، وهو الذي عناه بقوله : (الأخير) و(الأول) هو الرد ، وفي قبول قوله بيمينه فيه خلاف ، من حيث أنه محسن وأمين ولا أُجرة له في مقابل الحفظ ، ومن عموم : « البينة على المدعي »[٤] .

وربما فصّل في ذلك ، ففرق بين ادّعاء التلف بسبب ظاهر ، أو خفي ،

---

(١) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٤٦.
(٢) المبسوط ٤ : ١٤١.
(٣) المختلف: ٤٤٦.
(٤) الكافي ٧: ٤١٥ حديث١ ، التهذيب ٦: ٢٢٩ حديث ٥٥٣.

ولو أقرّ ربّها له بتلفها قبل الجحود من الحرز فلا ضمان ، وفي سماع بينته بذلك اشكال ، نعم تقبل لو شهدت بالإقرار .

فيكتفى في الثاني باليمين ، والقبول مطلقا أقوى ، فان الأصل براءة الذمة ، إذ الضمان إنما يكون بالتقصير ، والأصل عدمه ، وشغل الذمة يحتاج إلى دليل ، فهو في الحقيقة في معنى المنكر ، فيكتفى بيمينه .

قوله : (ولو أقرّ بها له بتلفها قبل الجحود من الحرز فلا ضمان) .

الظاهر أن هذا من تتمة أحكام الشق الأول من شقّي المسألة ، بدليل ما سيأتي من تردّده في سماع البينة ، وفي الشق الثاني لا يتأتى ذلك ، لكن هذا غير حسن ، لأن السابق إلى الفهم خلاف هذا ، ولا يستقيم المعنى إلاّ على ذلك التقدير ، فيحصل الاختلال بالفهم .

وإنما قيّد الإقرار بكون التلف قبل الجحود ، لأنه بدون ذلك لا يسقط الدعوى ، لأن التلف بعده يقتضي الضمان ، وكذا التقييد بكونها في الحرز .

قوله : (وفي سماع بينته بذلك إشكال) .

لا يستقيم أن يكون المشار إليه بقوله : (بذلك) هو الاقرار ، ويكون منشأ الإشكال : من أنّ البينة حيث لم تسمع للتناقض المقتضي لتكذيبها ، كذا الإقرار فانه أضعف من البينة ، ومن أن إقرار العقلاء على أنفسهم ماض[1] ، ورجوع المقرّ له عن التكذيب مصحّح للإقرار ، للمنافاة الصريحة[2] بينه وبين تصريحه ، متصلاً بهذا قبول البينة لو شهدت بالاقرار ، فيتعين أن يكون المشار إليه بذلك هو التلف ، ويكون الغرض من إعادة المسألة بعد سبقها في قوله : (ولامعها على الأقوى لتناقض كلاميه) أمران :

أ : رجوعه عن الفتوى بعدم السماع إلى التردد ، الناشىء : من أنّ البينة

---

(١) في «ق» : جائز.

(٢) في «م» : الصحيحة.

الفصل الثاني: في الأحكام :

يجب على المستودع حفظ الوديعة بمجرى العادة كالثوب في الصندوق ، والدابة في الإصطبل ، والشاة في المراح . ويجب عليه ردها متى طلب المالك وإن كان كافراً ، فإن أخّر لغير عذر ضمن ، ومعه لا ضمان .

حجة يثبت بها عند جحود الخصم ما يثبت باعترافه ، ومن أنّ سماعها فرع سماع الدعوى ، وهي غير مسموعة لتكذيب المدعي إياها .

ب : الفرق بين الإقرار والبينة ، حيث أن الاقرار يمضي وإن كذّبه المقرّ له إذا رجع إلى التصديق ـ لما سيأتي في الاقرار ان شاء الله تعالى ـ بخلاف البينة ، والأصح عدم سماع البينة ، لأنها كاذبة باعتراف المدعي ، فلا تكون حجة على المدّعى عليه . وما ذكره في الإقرار متّجه ، وإن كان يرد عليه أن دعوى الإقرار ينبغي أن لا تسمع أيضاً للتكذيب .

قوله : (الفصل الثالث : في الأحكام : يجب على المستودع حفظ الوديعة بمجرى العادة) .

لمّا لم يكن لحفظ الوديعة كيفية مخصوصة منقولة من الشارع ، أُحيل فيه على العرف المطرد .

قوله : (ويجب عليه ردّها متى طلب المالك وإن كان كافراً) .

لرواية الفضيل عن الرضا[1][2] عليه السلام ، وأوجب أبو الصلاح[3] رد

---

(١) كذا في «ق»، وفي «م»: عن الصادق، وفي التهذيب والاستبصار عن فضيل قال: سألت أبا الحسن (ع). .

(٢) التهذيب ٧: ١٨١ حديث ٧٩٥، الاستبصار ٣: ١٢٣ حديث ٤٣٩ .

(٣) الكافي في الفقه: ٢٣١ .

وليس استتمام غرض النفس كمن كان في حمام ، أو على طعام عذراً . ولو قال : رد على وكيلي فطلب الوكيل فامتنع ضمن ، ولو لم يطلب وتمكن من الرد ففي الضمان اشكال .

وديعة الحربي على السلطان العادل ، والمشهور خلافه .

قوله : (وليس استتمام غرض النفس ـ كمن كان في حمام أو على طعام ـ عذراً) .

لأن أداء الأمانة واجب مضيّق ، فلا يجوز التشاغل عنه بمثل هذه الأشياء ، ومن ذلك صلاة النافلة والفريضة إذا لم يكن في أثنائها ولم يتضيق الوقت ، وهو الذي اختاره في آخر كلامه في التذكرة[1] ، ويجب عليه الذهاب بمجرى العادة . وهذا كله إذا كان الأداء ممكناً ، فمتى أخر حيث لا يجوز له التأخير ضمن .

قوله : (ولو لم يطلب وتمكّن من الرد ففي الضمان إشكال) .

ينشأ : من أنه قد أمره بالرد فلم يفعل فيضمن ، ومن أن الأمر بالتسليم ليس طلباً للوديعة ، والحق أن يقال : إنّ طلب الرد على الوكيل مثل طلب الرد على المالك ، لأن يده يد المالك والتسليم إليه تسليم إلى المالك ، فالأمر به يقتضي عزل المستودع ، فيجب الرد معه على الفور .

نعم لا يجب عليه حمل الوديعة إليه ، بل يجب عليه التخلية ، فان كان المراد من الرد في قول المصنف : (وتمكن من الرد) التخلية فلا معنى للإشكال في الضمان حينئذ ، بل يجب القول بالضمان قطعاً ، وإن كان المراد (به حملها إلى الوكيل فلا وجه له أيضا ، إذ لا يجب عليه ذلك ، وإن كان المراد)[2] بالرد وجوب الإعلام للوكيل ـ لو لم يكن قد علم بأمر المالك وإظهار

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٠٦ .

(٢) ما بين القوسين لم يرد في «م».

وكذا كل أمانة كالثوب تطيره الريح في داره فإن رد على الوكيل ولم يشهد فلا ضمان لو أنكر ، بخلاف التقصير في ترك الإشهاد على قضاء الدين لأن مبنى الوديعة على الإخفاء .

التخلية ـ فهو محتمل . وليس ببعيد القول بوجوب ذلك ، لأن ظاهر الأمر يتضمن العزل .

وعلى هذا فيكون منشأ الإشكال : من التردد في أن المعزول عن الوديعة هل هو مأمور بالرد على الفور ، أو وقت المطالبة ، كما في الثوب الذي أطارته[1] الريح ، والذي أودعه المستودع بمجرد ضرورته ، وكما في الوديعة إذا مات المودع ، وسائر الأمانات؟

والمعتمد الضمان ، لأن إثبات اليد على مال الغير موقوف على الإذن ، إلّا فيما اقتضته الضرورة ، وهو ما قبل التمكن من الاعلام والتخلية ، وهذا كلّه إذا لم تدلّ القرينة على عدم العزل

قوله : (وكذا كل أمانة ، كالثوب تطيره الريح في داره) .

أي : يجيء ذلك في[2] الإشكال السابق في الضمان ، إذا تمكن من الرد فلم يرد ، وهذا إذا كان المراد بالرد إعلام المالك ، والتخلية بينه وبين ماله رجوع عما سبق من الجزم إلى التردد ، وإن كان المراد حملها إليه ففيه ما سبق من الاشكال ، فإنّ إيجاب ذلك بعيد .

قوله : (فان ردّ على الوكيل ولم يشهد فلا ضمان لو أنكر ، بخلاف التقصير في ترك الاشهاد على قضاء الدين ، لأن مبنى الوديعة على الإخفاء) .

---

(١) في «م»: أطار به الريح .
(٢) في «ق»: في ذلك.

وأُجرة المسكن إن احتاجت ومؤونة الرد على المالك وإن قلت ،

ما جزم به هنا قال في التذكرة[1] : إنه الأقرب ، وفرق بأمرين :

أحدهما : أن الوديعة أمانة ، وقول المستودع مقبول في الرد والتلف ، فلا معنى للاشهاد . ولا محصل لهذا ، لأن الاشهاد لخوف إنكار الوكيل ، فلا أثر لكون قول المستودع مقبولاً في الرد والتلف ، ولو قال بدل المستودع : قول الوكيل مقبول في الرد والتلف لكان أوجه .

الثاني : ما ذكره هنا من أن الودائع حقها الإخفاء ، بخلاف قضاء الدين .

ويمكن الفرق بثالث ، وهو : أن المطلوب بقضاء الدين انقطاع مطالبة المدين عن المديون وبراءة ذمته ، وذلك موقوف على الاشهاد ، والمطلوب في الوديعة إيصال الحق إلى مستحقه ، ويد الوكيل يد الموكل ، فكما لا يجب الاشهاد عند الدفع إلى المودع ، لا يجب عند الدفع إلى الوكيل ، بل ربما يقال : إن ذلك إن نافى الفورية عدّ به ضامناً .

واعلم أن في قول المصنف : (فلا ضمان لو أنكر) مناقشة ، لأنّا لو قلنا بالضمان وعددناه مقصراً أوجبناه على كل حال ، سواء أنكر ، أو أقرّ وامتنع من التسليم ، أو تلفت العين في يده ، فانه على كل واحد من التقديرات يرجع على المستودع .

قوله : (وأُجرة المسكن ـ إن احتاجت ـ ومؤنة الرد على المالك وإن قلّت) .

لأن الاستيداع وإن اقتضى وجوب الحفظ ، لكن ما جرت العادة ببذل المالك في مقابله مما يتوقف عليه الحفظ ، من أُجرة المسكن ، وثمن العلف ، وأُجرة السقي إن كان له أُجرة ، وأُجرة الراعي ونحو ذلك ، لا يجب بذله من

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٠٦ .

نعم لو سافر بها بغير اذنه أو بغير ضرورة كانت مؤونة الرد عليه .

ولو كان المودع غاصباً لم يجز رد الوديعة إليه ، بل الى مالكها إن عُرف ، ولو جُهل عرّفت سنة ، ثم يتصدق بها عن المالك مع الضمان ، وإن شاء أبقاها أمانة ابداً من غير ضمان ،

ماله ، بل يجب على المالك بذله ، فان امتنع أو لم يوجد وجب الرجوع إلى الحاكم ، ومع عدمه فالاشهاد ، ومع تعذره يرجع إلى بذل غير متبرع على ما سبق .

ولو كان المسكن للمستودع ، أو تولّى شيئاً من الأعمال التي جرت العادة ببذل الأُجرة في مقابلها مما لا بدّ منه ، مع رعاية الترتيب السابق وعدم التبرع ، فالظاهر أنه يرجع بأُجرته .

قوله : (نعم لو سافر بها بغير إذنه أو بغير ضرورة ، كانت مؤنة الرد عليه) .

لأنه غاصب حينئذ ، بخلاف ما إذا اقتضت الضرورة ذلك .

قوله : (ولو جهل عرفت سنة ، ثم يتصدق بها عن المالك مع الضمان ، وإن شاء أبقاها أمانة أبداً من غير ضمان) .

هذا هو المشهور ، ومستنده رواية حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام[1] ، ولا يضر ضعف السند مع الشهرة ، ويؤيدها أن التصدق مع الضمان فيه جمع بين مصلحة الدنيا والآخرة بالنسبة إلى مالكها ، فلا[2] منافي أصلاً ، وهو المختار .

وقال ابن ادريس : يردها إلى إمام المسلمين ، فان تعذر أبقاها أمانة ثم

---

(١) الكافي ٥ : ٣٠٨ حديث ٢١ ، الفقيه ٣ : ١٩٠ حديث ٨٥٦ ، التهذيب ٧ : ١٨٠ حديث ٧٩٤ ، الاستبصار ٣ : ١٢٤ حديث ٤٤٠ .

(٢) في «ق» : فلا ينافي .

وليس له التملك مع الضمان على اشكال .

ولو مزجها الغاصب بماله فإن تميّزت وجب ردها على مالكها دون المودع ، وإلاّ رد الجميع على المودع على أشكال .

يوصى بها إلى عدل[١] . وقال المفيد : يخرج خمسها إلى مستحق الخمس والباقي يتصدق به[٢] . وقول ابن ادريس له وجه ، والأول أوجه .

قوله : (وليس له التملك مع الضمان على إشكال) .

ينشأ : من أن الأصل عصمة مال المسلم ، ومن ورود الرواية[٣] الضعيفة : بأنها في يده بمنزلة اللقطة ، ومن جملة أحكامها جواز التملك بعد التعريف .

ويضعّف بأن الرواية مع ضعفها قاصرة الدلالة عن ذلك ، لوجوه : منها أنه لاعموم لها ، ومنها أن المتبادر من قوله عليه السلام : فيعرفها إلى آخره ، بيان وجه نزولها منزلة اللقطة ، والأصح الأول .

قوله : (وإلاّ ردّ الجميع على المودع على إشكال) .

ينشأ : من إطلاق الأصحاب وجوب الرد ، لأن منعه منها يقتضي منع المودع من ماله ، لأن الفرض عدم التميز ، ومن أن تسليطه على مال غيره عدواناً قبيح . والأصح المنع ، بل يردها على الحاكم إن وجده ، فلو لم يجده احتمل رد قدر ما يملكه الغاصب وحفظ الباقي لمالكه ، والقسمة هنا ضرورية وفاقاً للتذكرة[٤] في هذا الاحتمال ، ولو كان ذلك بحضور عدول المؤمنين لكان أحوط إن أمكن .

---

(١) السرائر: ٢٦٣ .

(٢) المقنعة: ٩٧ .

(٣) الكافي ٥: ٣٠٨ حديث٢١، الفقيه ٣: ١٩٠ حديث ٨٥٦، التهذيب ٧: ١٨ حديث ٧٩٤، الاستبصار٣: ١٢٤ حديث ٤٤٠ .

(٤) التذكرة ٢ : ١٩٩ .

ولا يبرأ المفرّط بالرد الى الحرز ، بل الى المالك أو بابرائه .

ولو أنكر الوديعة ، أو ادّعى التلف وإن كان بسبب ظاهر ، أو نقص القيمة أو عدم التفريط فالقول قوله مع يمينه ، وفي الرد نظر .

أما لو ادّعى الاذن فى التسليم الى غير المالك فالمصدّق المالك مع اليمين ،

قوله : (ولا يبرأ المفرط بالرد إلى الحرز ، بل إلى المالك أو بابرائه) .

قد سبق في كلام المصنف : أنه لو رد المال إلى الحرز تاركاً للخيانة لم تعد أمانته ، ما لم يجدد[1] الاستئمان ، وظاهره قد يخالف ما هنا ، لأنه قد يشك في أن الإبراء من الضمان موجب لتجديد الإستئمان ، بل قد يشك في براءته بالإبراء ، لأن معنى كونه ضامناً أنها لو تلفت وجب البدل ، فيكون الإبراء من ذلك إبراء مما لم يجب .

وعلى ما ذكرناه في الرهن ، فينبغي أن لا يبرأ بالإبراء ، وقد استشكله المصنف هناك ، فيكون هذا رجوعاً عن التردد .

قوله : (وفي الرد نظر) .

ينشأ : من أن الأصل العدم وعموم البينة على المدعي[2] ، ومن أنه أمين ومحسن ، حيث أنه قبض لمصلحة الغير فقط ، والأصل براءة ذمته ، والأصح قبول قوله باليمين ، وهو قول الشيخ[3] .

قوله : (أما لو ادّعى الإذن في التسليم إلى غير المالك ، فالمصدّق المالك مع اليمين) .

---

(١) في «ق»: يتجدد.

(٢) الكافي ٧: ٤١٥ حديث ١ ، التهذيب ٦: ٢٢٩ حديث ٥٥٣ ، ٥٥٤ .

(٣) المبسوط ٤: ١٤١ .

فإن صدق الإذن وأنكر التسليم فكدعوى الرد .

ولو مات المستودع ولم توجد الوديعة في تركته فهي والدين سواء على اشكال

لأنه بالتسليم عاد حتى يثبت الاذن ، والأصل عدمه[١] ، فيقدّم قول المنكر .

قوله : (فان صدق الاذن وأنكر التسليم ، فكدعوى الرد) .

أي : فيجيء في قبول قوله بيمينه التردد السابق ، لأن المأذون في تسليمه يده يد المالك ، فتكون دعوى الرد إليه دعوى الرد إلى المالك ، والمفتي به ما تقدم من تقديم قوله بيمينه[٢] .

قوله : (ولو مات المستودع ولم توجد الوديعة في تركته ، فهي والدين سواء على إشكال) .

قال الشارح : إن هذا الاشكال في كيفية الضمان[٣] ، والذي في شرح العميد : أنه في أصل الضمان ، وهو الظاهر من سوق الكلام في التذكرة[٤] ، لكن سوق عبارة الكتاب يقتضي ما قاله ولد المصنف ، فانه لولا ذلك لكان قوله : (هذا إن أقر أن عنده وديعة ...) وقوله : (أما لو كانت عنده وديعة إلى قوله : ففي الضمان إشكال) كلّه فاسد الوضع لأن الإشكال إذا كان في أصل الضمان استوت هذه المسائل كلها ، فيكون قوله (هذا ...) وقوله : (أما ...) غير صحيح ، وأيضاً فان عدوله عن جعل الاشكال في الضمان إلى كونه في مساواتها للدين يشعر بذلك .

---

(١) في «ق»: العدم.

(٢) المراد به الشيخ، انظر: المبسوط ٤: ١٤١ ـ ١٤٢.

(٣) الايضاح ٢: ١٢٣.

(٤) التذكرة ٢: ٢٠١.

هذا إن أقرّ أن عنده وديعة ، أو عليه وديعة ، أو ثبت أنه مات وعنده وديعة .

ومنشأ الاشكال : من أن الأصل بقاء الوديعة ، فاذا تعذر الوصول إلى العين وجب الانتقال إلى البدل فيقدم به ، لأن أصالة بقاء عين ماله الذي هو مختص به يقتضي الإختصاص ببدله .

ومن أن المختص به هو العين، فإذا تعذرت كان البدل من جملة الديون، إذ لا تعلق له ببعض دون بعض .

قوله : (هذا إن أقر أن عنده وديعة ، أو عليه وديعة ، أو ثبت أنه مات وعنده وديعة) .

هذا الحكم الذي سبق ـ وهو كونها أسوة الدين ، أو تقدم مالكها ببدلها ـ إنما يكون إذا أقر الميت قبل موته بأن عنده وديعة إلى آخره .

أما الاول ، فلان الظاهر بقاؤها في التركة إلى أن وصلت إلى الورثة ، نظراً إلى اقتضاء الإقرار وجودها وقت صدوره ، وبعد تلفها في الزمان المتخلل بين الإقرار والموت .

وأما الثاني ، فلأن قوله عليّ وديعة آكد في وجوب الأداء ، لأن عليّ يقتضي حقاً في الذمة .

وأما الثالث ، فلأنه إذا ثبت أنه مات وعنده وديعة ، كان أدل على وصولها إلى الورثة ولم يعلم بقاؤها بعينها .

بخلاف ما إذا قامت البينة بأنه قد كان عنده وديعة في حياته ولم توجد ولم يعلم بقاؤها ، فان في أصل الضمان هنا إشكال ، ينشأ : من أن الظاهر أنه قد ردّها إلى المالك أو تلفت بغير تفريط ، وإلاّ لأقرّ بها عند الموت ، عملاً بظاهر حال المسلم من أنه لا يخلّ بالواجب ، مع أن الأصل براءة الذمة . ومن أصالة بقائها ، فاذا تعذّرت العين وجب البدل ، وهذا هو المراد .

أما لو كانت عنده وديعة في حياته ولم توجد بعينها ، ولم يعلم بقاؤها ففي الضمان اشكال .

قوله : (أما لو كانت عنده وديعة في حياته ولم توجد بعينها ولم يعلم بقاؤها ، ففي الضمان إشكال) .

ومثله ما لو أقر الورثة بأنه قد كان عنده وديعة في حياته ، وحاول الشارح العميد الفرق بين هذه المسألة والمسائل الأُول ، بان الضمان في هذه أخف ، وليس بجيد ، لأن المصنف إذا ساوى بين المسائل في مجيء الاشكال كان قوله : (هذا . . .) وقوله : (أما . . .) ضائعاً ، والذي ذكرناه أقصى ما يتكلف له .

وعلى هذا فيكون ما ذكره هنا معيناً عما ذكره سابقاً ، من قوله : (أما لو قال عندي [ثوب][1] ولم يوجد في التركة ثوب . . .) .

والذي في التذكرة : أنه أذا كان عنده وديعة ومات ولم توجد في تركته ، فالذي يقتضيه النظر عدم الضمان ، والذي عليه فتوى أكثر العلماء منّا ومن الشافعية وجوب الضمان ، وحكى عن الشافعي : أنه اذا لم توجد بعينها حاص المالك الغرماء ، ثم حكى عن أصحابه ثلاث طرق .

أحدها : إثبات المحاصة فيما إذا كان الميت قد أقر بأن عنده وديعة أو عليه لفلان ، فاذا لم توجد كان الظاهر أنه قد أقر ببدلها وأنها تلفت على وجه مضمون ، بخلاف ما إذا قامت البينة بالوديعة أو أقر بها الورثة ، فإنه لا ضمان للأصل .

الثانية : أنه مع الوصية بالوديعة وعدم وجدانها ، لكن يكون في التركة من جنسها ، ويحتمل الاختلاط ، فتثبت هنا المحاصة دون ما سواه .

---

(١) ما بين المعقوفتين لم يرد في «م» و«ق»، وأثبتناه من القواعد للسياق.

ويصدّق المستودع مع اليمين في تعيين المدعيين ـ فإن نكل غرم للآخر ـ

قلت : وكان اللازم هنا القول بتقديم مالكها .

الثالثة : المحاصة مطلقاً[١] .

هذا محصل ما فيها ، وهو مخالف لما هنا ، والذي يقتضيه النظر : أنه إن علم بقاء عينها ولم يتميز من التركة ، قدّم مالكها على الغرماء بما يجب ، كمن اختلط ماله بمال غيره ، وإن علم تلفها بتفريط ، فهو أُسوة الغرماء ، وإلاّ فلا ضمان أصلاً ، وهو المفتى به .

واعلم أنه ينبغي أن يكون قول المصنف : (هذا إن أقر أن عنده وديعة) منزلاً على ما إذا أقر بالوديعة على وجه يرتفع الاحتمال[٢] وينتفي التقصير ، وإلاّ كان ضامناً .

قوله : (ويصدّق المستودع مع اليمين في تعيين المدّعيين ، فان نكل غرم للآخر) .

إذا ادعى كلّ من الشخصين على ثالث أن المال الفلاني الذي بيده وديعة له عنده ، فأقر لأحدهما بعينه ، حكم بها للمقر له ، فيدفع ويحلف للاخر ، فاذا حلف سقطت دعوى الآخر ، وإن نكل حلف الاخر ، فيغرم له المثل إن كان مثلياً ، وإلاّ فالقيمة ـ وفي اعتبار كونها وقت الحلف أو وقت الاقرار إشكال ، يلتفت إلى أن وقت الاقرار هو وقت التلف ووقت اليمين هو وقت الثبوت ـ وفي التذكرة[٣] سياق المسألة هكذا ، وذكر الاشكال ولم يرجّح شيئاً .

أقول : إذا قلنا : إن اليمين المردودة كالإقرار، فلا بحث في صحة

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٠١ .
(٢) في (ق): الاجمال.
(٣) التذكرة ٢ : ٢٠٧ .

وفي نفي العلم ، وتقر في يده حتى يثبت المالك ،

ذلك، بناء على أن من أقرّ بعين لزيد ثم أقر بها لعمرو يغرم لعمرو .

واما إذا قلنا بأنها كالبينة ، فقد يقال : يجب انتزاع العين من المقر له وتسليمها إلى الآخر ، لثبوت كونها له بالبينة .

ويجاب : بأن كونها كالبينة إنما هو في حق المتداعيين دون غيرهما ، وقد استحقها المقرّ له بالاقرار ، فلا يبطل استحقاقه باليمين .

نعم هي بالنسبة إلى المدّعى عليه كالبينة ، فباليمين تثبت كون العين للحالف بالنسبة إلى المدّعى عليه خاصة ، وحيث لم يكن في يده وقد حال بينها وبين من استحقها بيمينه بالاقرار ، وجب الغرم ، فلا يتفاوت الحال في الغرم باعتبار كونها كالاقرار أو كالبينة ، إلاّ في شيء واحد ، وهو أنه على القول بأن من أقر بعين لزيد ثم أقر بها لغيره لا يغرم للثاني شيئاً ، لا يغرم للآخر بيمينه ، لو قلنا اليمين المردودة كالاقرار ، لأن غايته أن يكون قد أقر له بها بعد الاقرار للأول ، وهو لا يقتضي الغرم ، فلا فائدة فيه ، فلا ردّ ولا حلف ، بخلاف ما إذا قلنا كالبينة ، فان الغرم ثابت مطلقا .

واعلم أن قول المصنف : (فان نكل غرم للآخر) محمول على حلفه اليمين المردودة ، لان المصنف لا يرى القول بالقضاء بمجرد النكول ، والظاهر أن يمين المستودع على البت ، لأنه يدعي عليه استحقاق التغريم .

إذا تقرر هذا ، فان الدعوى بين الآخر وبين المقر له ، فله إحلافه ، فان نكل حلف وأخذ العين ، فيرد القيمة حينئذ على المستودع ، لأنه استحقها بالحيلولة وقد زالت .

قوله : (وفي نفي العلم وتقر في يده حتى يثبت المالك) .

أي : ويصدّق المستودع في نفي العلم بكون العين لهما أو لأحدهما ، وحينئذ فتقر العين في يده إلى أن يثبت المالك ، لأن يده في الأصل يد أمانة ،

فإن ادعيا علمه أحلفاه على نفي العلم يمينا واحدة ، ويحتمل التعدد ،

والأصل بقاؤها إلى أن يثبت المالك .

ويحتمل ـ إن قال لهما : المال لاحدكما ولا أعلمه ـ أن تنزع من يده بأمر الحاكم لمطالبتهما إياه ، ويضعف بأن المطالبة المقتضية للعزل هي التي يجب معها التسليم ، وهو ممتنع هنا ، فلا يكون واجباً .

قوله : (فإن ادّعيا علمه أحلفاه على نفي العلم يميناً واحدة ، ويحتمل التعدد) .

لا شك أنه لو ادّعى عليه كل منهما علمه بأنه المالك ، له إحلافه على نفي العلم ، لأنه لو أقر لنَفع ، ولكن هل يحلف يميناً واحدة لهما معاً ، أم يجب لكلّ واحد منهما يمين؟

يحتمل الأول ، لأن إحدى الدعويين كاذبة قطعاً ، لاستحالة كون العين ملكاً لكلّ واحد منهما ، وحيث لم تكن معينة حكمنا بأنه يحلف لهما ، وهو قول الشيخ في الخلاف[1] .

ويحتمل الثاني ، لأن كلّ واحد منهما بانفراده مدع لا يعلم كذبه ، فيندرج في عموم الحديث[2] ، ولكل واحد منهما أن يستقل بإنشاء الدعوى ، والأصل براءة الذمة من وجوب الاجتماع ، ولإمكان كونه لهما معا ، وهو اختيار المبسوط[3] ، وهو الأصح .

فاذا حلف احتمل استعمال القرعة ، فمن خرج اسمه أُحلف وسلّمت العين إليه ، أو يقسم بينهما نصفين ، ذكره الشيخ في الخلاف[4] والمصنف في

---

(١) الخلاف ٢ : ١٨٦ مسألة ١٤ كتاب الوديعة .
(٢) الكافي ٧ : ٤١٥ حديث ١، ٢ ، التهذيب ٦ : ٢٢٩ حديث ٥٥٣ ، ٥٥٤ وغيرهما .
(٣) المبسوط ٤ : ١٥٠ .
(٤) الخلاف ٢ : ١٨٦ مسألة ١٥ كتاب الوديعة .

فإن نكـل احلفا على علمه فيضمن القيمة فتجعل مع العين في أيديهما ، وإن سلّم العين بحجة الى أحدهما رد نصف القيمة الى المودع ولم يجب على الثاني الرد ؛ لأنه استحق بيمينه ولم يعد عليه المبدل .

التحرير[١]

قوله : (فإن نكل أُحلفا على علمه ، فيضمن القيمة ، فتجعل مع العين في أيديهما) .

لأن يمينهما اقتضتا أن تكون بالاضافة إلى كلّ بخصوصه ، عالماً بأن العين له ، وبانكاره حصل حيلولة بين المستحق وحقه ، حيث ترتب على إنكاره ونكوله يمين كلّ منهما ، فوجب أن يغرم القيمة ، ولما كانا سواء في اليمين لم يكن لأحدهما رجحان على الاخر ، فتجعل العين والقيمة معاً في أيديهما .

وقال الشيخ : لو حلفا فيه قولان : أحدهما يقسّم بينهما ، والثاني أنه يوقف حتى يصطلحا ، والأول أقوى . ثم قال : ولو قلنا بالقرعة كان قوياً[٢] . قال المصنف في التحرير : وعندي فيه نظر[٣] .

قلت : القول بالقسمة أوجه ، لأن التصادم في الدعوى والتساوي في الحجة يقتضي القسمة ، فلا يكون الأمر مشكلاً ليعمل فيه بالقرعة ، وانهما إنما أُحلفا على علمه ليتوجه عليه غرم القيمة ، إذ لو حلفا على الاستحقاق للعين قسمت بينهما فقط ، وإنما ثبت لهما الحلف كذلك لأنه المدّعى به .

قوله : (وإن سلّم العين بحجة إلى أحدهما ردّ نصف القيمة على المودع ، ولم يجب على الثاني الرد ، لأنه استحق بيمينه ولم يعد عليه المبدل) .

---

(١) التحرير١ : ٢٦٨ .

(٢) المبسوط ٤ : ١٥١ .

(٣) التحرير١ : ٢٦٨ .

ولو مات المالك سلّمها الى الورثة أجمع من غير تخصيص، فيضمن معه.

هذا من جملة أحكام ما إذا أحلفا على علمه، وجعلت العين والقيمة في أيديهما.

وتحقيقه: أنه إما أن لا ينازع أحدهما الآخر ويرضيا بما صار إليهما، فلا بحث، أو يجري بينهما التنازع، فاذا تنازعا وثبت بحجة شرعية أن العين لأحدهما بعينه ـ كبينة، أو يمين أحدهما مع نكول الآخر، وهو المراد من العبارة ـ فان العين بكمالها تسلّم إليه.

فحينئذ يجب أن يرد نصف القيمة، لأنه استحقها للحيلولة بينه وبين نصف العين وقد زالت، فيجب ردّها.

وأما الثاني، فلا يجب عليه الرد، لأنه استحق بيمينه للحيلولة، ولم تزل إذا لم يعد عليه المبدل، وهو النصف الذي في يد الأول.

واعلم أن (سلّم) في العبارة ينبغي أن يقرأ مجهولاً، إذ الحكم ليس مبنياً على تسليم المستودع، ولا مرجع للضمير إذا كان الفعل معلوماً سواه، ولأن المقر قبل جعل العين في أيديهما، فكيف يكون التسليم منه؟ وأما (رد) فانه معلوم، وضميره يرجع إلى (أحدهما).

قوله: (ولو مات المالك سلّمها إلى الورثة أجمع من غير تخصيص، فيضمن معه).

أي: فيضمن مع التخصيص، ويسلّمها اليهم أجمع يجعلها في أيديهم أو في يد وكيلهم.

• • •

المقصدالثاني: في العارية : وفيه فصلان :

الأول: في الأركان : وهي خمسة :

أ : العقد : وهو كل لفظ دل على تسويغ الإنتفاع بالعين مع بقائها مطلقاً أو مدة معيّنة ، وثمرته التبرع بالمنفعة ،

قوله : (المقصد الثاني : في العارية) .

هي بتشديد الياء ، كأنها منسوبة إلى العار ، لأن طلبها عار ، قاله صاحب الصحاح[1] . وقال غيره[2] : منسوبة إلى العارة ، وهي مصدر . وقيل : مأخوذة من عار يعير ، أي : جاء وذهب ، ومنه قيل للبطال : عيار لتردده في بطالته ، فسميت عارية لتحولها من يد إلى يد . وقيل : إنها مأخوذة من التعاور والاعتوار ، وهو تداول الشيء بين القوم ، وعن غريب الخطابي : أن لغة الغالبة العارّية ، وقد تخفف .

قوله : (وفيه فصلان : الأول في الأركان ، وهي خمسة : الأول العقد ، وهو : كل لفظ دل على تسويغ الانتفاع بالعين مع بقائها مطلقاً أو مدة معينة ، وثمرته التبرع بالمنفعة) .

قيل عليه : إن كان قوله : (وثمرته التبرع بالمنفعة) جزء التعريف انتقض ني عكسه بأعرتك حماري لتعيرني فرسك ، وإلّا انتقض في طرده بالاجارة .

ويمكن أن يجاب : بكونه جزءاً ولا يرد ما ذكره ، لأن هذا الفرد من العارية مقتضاه التبرع ، وإنما جاء العوض من أمر زائد على العقد وهو الشرط ، فانه عقد مع شرط .

ونقض بالسكنى ، والحبس ، والعمرى ، والوصية بالمنفعة .

---

(١) الصحاح (عور) ٢ : ٧٦١.

(٢) وهو الأزهري كما في لسان العرب (عور) ٤ : ٦١٩.

ولا يختص لفظاً ولا يشترط القبول نطقاً .

ب : المعير : ويشترط كونه مالكاً للمنفعة جائز التصرف ، فلا تصح عارية الغاصب ، ولا المستعير، ولا الصبي ، ولا المجنون ، ولا المحجور عليه لسفه أو فلس ، وتصح من المستأجر ، ويجوز للمستعير استيفاء المنفعة بنفسه أو بوكيله .

وأجيب بما لا يدفع ، والأولى أن يزاد في التعريف : مع بقاء الجواز .

ويرد عليه : أن الثمرة المذكورة حاصلة بالايجاب لا بمجموع الايجاب والقبول ، فلا تكون ثمرتهما معا .

واعلم أن كلامه في التذكرة صريح في أنه لا يشترط في العارية اللفظ ، بل يكفي ما يقوم مقام الألفاظ من الكتابة والاشارة ، لأنه عقد ضعيف ، لأنه يثمر إباحة الانتفاع . قال : وهي قد تحصل بغير عقد ، كما لو حسن ظنه بصديقه كفى في الانتفاع عن العقد[١] .

وقوله هنا : (ولا يشترط القبول نطقاً)[٢] قد يشعر بأن الإيجاب يشترط فيه النطق .

قوله : (وتصح من المستأجر) .

إلا أن يشترط المالك مباشرة الانتفاع بنفسه فلا يصح ، وإذا قلنا بالجواز فيجب أن لا تخرج العين من يده .

قوله : (ويجوز للمستعير استيفاء المنفعة بنفسه وبوكيله) .

لكن بشرط أن لا تخرج العين من يده .

---

(١) التذكرة ٢: ٢١١ .

(٢) في «م» و«ق»: قطعا، وما أثبتناه من الحجري، وهو الصحيح .

ج : المستعير : وشرطه أن يكون معيّناً أهلاً للتبرع عليه بعقد يشتمل على ايجاب وقبول ، فلا تصح استعارة الصبي ولا المجنون .

د : المستعار : وشرطه أن يكون منتفعاً به مع بقائه كالثوب للّبس ، والدابة للركوب ، والأرض للزرع والغرس والبناء ، دون الأطعمة فإن منفعتها في استهلاكها . والأقرب جواز استعارة الدراهم والدنانير إن فرضت لها منفعة حكمية كالتزيين بها والضرب على طبعها .

قوله : (وشرطه أن يكون معيناً) .

يحترز به عما لو أبهم ، بأن أعار أحد هذين ونحوه ، ولو عمم فقال : أعرت جميع الناس ، فهو من المعين فيصح .

قوله : (فلا تصح استعارة الصبي ولا المجنون) .

بمعنى أنه لا يترتب عليهما أحكام العارية ، لا أن استيفاءهما للمنفعة مضمون ، فلو أعارهما وشرط عليهما الضمان لم يضمنا إذا لم يتلفا ، هكذا ينبغي أن يفسر هذا وإن لم أظفر في ذلك بشيء بخصوصه .

قوله : (والأقرب جواز إعارة الدراهم والدنانير إن فرضت لهما منفعة حكمية ، كالتزين بها والضرب على طبعها) .

وجه القرب : وجود المقتضي على ذلك التقدير وانتفاء المانع ، ولا وجه للمنع على التقدير المذكور ، فلا يحسن قوله : (والاقرب) حينئذ ، فكان عليه أن يترك قوله : (إن فرضت . . .) ليكون وجه المنع ضعف هذه المنفعة ، وكون المنفعة المقصودة منها غالباً في الانفاق والاخراج ، وذلك مناف للعارية .

ويرده : أن إرادة المنفعة الضعيفة بخصوصها ينفي ما ذكر ، والأصح الجواز .

هـ : إباحة المنفعة فليس للمحرم استعارة الصيد من محرم ولا محل ، فإن امسكه ضمنه للمحل وإن لم يشترط عليه .

قوله : (فان أمسكه ضمنه للمُحِل وإن لم يشترط عليه) .

في التذكرة : لا يحلّ للمحرم استعارة الصيد من المحرم ولا من المحل ، لأنه يحرم عليه إمساكه ، فلو استعاره وجب عليه إرساله وضمن للمالك قيمته ، ولو تلف في يده ضمنه أيضاً بالقيمة لصاحبه المحل وبالجزاء لله تعالى ، بل يضمنه بمجرد الامساك وإن لم يشترط صاحبه الضمان عليه ، فلو دفعه إلى صاحبه بريء منه وضمن لله تعالى[1] .

هذا كلامه ، وفي موضعين منه إشكال :

أحدهما : أن وجوب الإرسال مع كون الصيد ملكاً لآدمي ـ وحق الآدمي مقدّم على حق الله تعالى ـ غير ظاهر ، وإنما الذي يقتضيه الدليل ردّه على مالكه ووجوب الجزاء لله تعالى .

الثاني : وجوب القيمة للمالك المحل لو تلف في يده بغير تعد ـ مع عدم اشتراط الضمان ـ أيضاً غير ظاهر ، لأن غاية ما هناك أنها عارية فاسدة ، وكل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده ، ولأن المالك لما أعاره فقد رضي بعدم ثبوت الضمان عليه الذي هو مقتضى العارية ، فلا وجه لتضمينه .

فالحاصل : أن الذي يقتضيه النظر خلاف الأمرين ، لكن لم أظفر إلى الآن بمخالف ، فان المصنف في التحرير[2] قد صرح بالثاني ، وكذا المحقق في الشرائع[3] .

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٠٩ .
(٢) التحرير ١ : ٢٧١ .
(٣) الشرائع ٢ : ١٧٢ .

ولو كان في يد محرم فاستعاره محل جاز ؛ لزوال ملك المحرم عنه بالإحرام ، كما يأخذ من الصيد ما ليس بملك .

قوله : (ولو كان في يد محرم فاستعاره محل جاز ، لزوال ملك المحرم عنه بالإحرام) .

فيه نظر ، لأن الواجب على المحرم إرسال الصيد ورفع السلطنة عنه ، لا إثبات سلطنة شخص آخر عليه ، وسيأتي في عبارة الكتاب في الفروع ما يدل على خلاف ما ذكره هنا .

والذي في التذكرة خلاف هذا ، فانه قال : ولو كان الصيد في يد محرم فاستعاره المحل ، فان قلنا : المحرم يزول ملكه عن الصيد فلا قيمة له على المحل ، لأنه إعارة ما ليس ملكاً له ، وعلى المحرم الجزاء لو تلف في يد المحل ، لتعديه بالاعارة ، فانه كان يجب عليه الإرسال ، وإن قلنا : لا يزول صحت الإعارة ، وعلى المحل القيمة لو تلف الصيد عنده[1] .

هذا كلامه ، وفيه اعتراف بتعدي المحرم بالإعارة ، وهو الأصح .

لكن قوله : وإن قلنا لا يزول صحت الاعارة ، وعلى المحل القيمة لو تلف الصيد عنده ، فيه نظر ، لأن صحة الاعارة مع وجوب الارسال ورفع السلطنة مشكل ، وإثبات القيمة أشكل ، لأن العارية تقتضي عدم الضمان ، إلّا أن يراد بالقيمة الجزاء لله تعالى .

[ويمكن أن يقال : إن أمر الصيد غليظ ، فربما وجب ضمانه للمالك تغليظاً وإن لم يشترط ضمانه ، وإطلاق النصوص بوجوب الجزاء لله تعالى والقيمة للمالك يقتضي الثبوت هنا ، فان تمّ هذا فهو دفع للإشكال][2] الثاني من الإشكالين السابقين .

---

(١) التذكرة ٢ : ٢١٠ .

(٢) ما بين المعقوفتين لم يرد في نسختي «م» و«ق» ، وأثبتناه من النسخة الحجرية لاقتضاء السياق له .

ولا تجوز استعارة الجواري للاستمتاع ، وتجوز للخدمة وإن كان المستعير اجنبياً .

وتكره استعارة الأبوين للخدمة ، وتستحب للترفه .

وتحرم اعارة العبد المسلم من الكافر .

فروع: أ : لو تلف الصيد عند المحل المستعير من المحرم لم يضمنه المحل ؛ لزوال ملك المحرم بالإحرام ، وعلى المحرم الضمان ؛ لأنه تعدّى بالإعارة لما يجب ارساله .

ب : لو قال : أعرتك حماري لتعيرني فرسك فالأقرب الجواز لكن لا يجب ،

قوله : (ولا يجوز إعارة الجواري للاستمتاع ، ويجوز للخدمة وإن كان المستعير أجنبياً) .

قال في التذكرة : لا يجوز استعارة الجواري للاستمتاع على الأشهر[١] . وكأنه يريد بذلك الإشارة إلى ما يحكى من خلاف بعض العامة[٢] في ذلك ، ومنع الشافعي من إعارة الجارية الشابة للخدمة ممن لا يوثق به[٣] ، وعندنا يجوز على كراهية مغلّظة .

قوله : (ويحرم إعارة العبد المسلم من الكافر) .

هذا رجوع عما ذكره في التجارة ، إلاّ على بعض المحامل التي نزّلنا عليها العبارة هناك .

قوله : (لو قال : أعرتك حماري لتعيرني فرسك ، فالأقرب الجواز

---

(١) التذكرة٢ : ٢١٠ .

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٥: ٣٥٦.

(٣) المغني لابن قدامة ٥: ٣٦٠، الوجيز١ : ٢٠٣ .

وليس على واحد منهما أُجرة ، أما لو لم يعر الثاني فالأقرب الأُجرة .

لكن لا يجب) .

وجه القرب : وجود المقتضي وانتفاء المانع ، ويحتمل العدم ، لأن مقتضى العارية عدم العوض ، فمعه تكون فاسدة .

ويدفعه : أن المذكور شرط لا عوض ، ولا ريب أن العارية عقد يقبل الشروط التي لا تنافي مقتضاه ، وليس الشرط عوضاً ، إنما العوض ما جعل مقابلاً كهذا بهذا .

والأصح الجواز ، ولا يجب على المستعير عارية ما اشترط المعير ، للأصل ولإنتفاء المقتضي .

وزعم بعض العامة أن هذا إجارة فاسدة ، وليس بجيد كما ذكرناه .

قوله : (وليس على واحد منهما أُجرة) .

أي : ليس على المعير الأول ولا على الثاني أُجرة للآخر ، لأن بناء العارية على التبرع .

قوله : (أما لو لم يعر الثاني فالأقرب الأُجرة) .

وجه القرب : أنه لم يبح له الانتفاع مطلقاً ، بل مع الشرط ، فاذا لم يحصل كان له المطالبة بالعوض . ويحتمل العدم ، لأن العارية لا عوض فيها وقد تحققت .

وجوابه : أنه وان لم يكن فيها عوض ، إلّا أن الاذن في الانتفاع قد حصل على وجه مخصوص ، فينتفي بانتفائه .

فان قيل : الإذن في الانتفاع قد حصل في الجملة ، وغاية ما يقتضيه الشرط التسلط على الفسخ بدون فعله ، كما لو باع بشرط ، فان الملك ينتقل فيه ، ومع عدم الشرط يتسلط على الفسخ ، نعم لو كان المذكور عوضاً لا شرطاً

ولو قال : اعرتك الدابة بعلفهـا فهي اجارة فـاسدة تقتضي أُجـرة المثل ، وكذا : أعرتك الدابة بعشرة دراهم .

صح ذلك ، لكن تكون إجارة فاسدة لا عارية .

قلنا : لما كان عقد العارية في غاية الضعف ـ ولهذا يعوّل فيه على قرائن الأحوال ، كالظرف الذي فيه الهدية والقصعة المبعوث فيها الطعام ، فانه يجوز أكله منها ، وكذا ثمرته في غاية الضعف ، وهي مجرد إباحة الانتفاع ـ انتفت ثمرته بأدنى سبب ، بخلاف العقود اللازمة أو المثمرة للملك .

وأيضا فان البيع مثلا مبني على اللزوم ، وعدم فعل الشرط يوجب تزلزله وجوازه ، فظهر أثر الشرط في ذلك ، وأما العارية فان أثر العقد هو الإباحة التي لا شيء أضعف منها ، وجوازه ثابت على كل حال ، فلابد للشرط من أثر ، وليس إلاّ عدم جواز الانتفاع بدونه ، فيمنع منه إلاّ بعد فعل الشرط ، وبه صرح في التذكرة[1] .

والذي ذكره الشارح : جواز الفسخ بدون الشرط ، فينتفي مبيح العين ، فتثبت الأُجرة[2] . وهذا لو صح إنما يؤثر فيما سيأتي ، أما ما سبق من الانتفاع قبل الفسخ فلا .

قوله : (ولو قال : أعرتك الدابة بعلفها ، فهي إجارة فاسدة تقتضي أُجرة المثل ، وكذا : أعرتك الدابة بعشرة دراهم) .

ووجهه : أن لفظ العارية وإن كان حقيقة في العقد المخصوص ، إلاّ أن التصريح بالعوض ينافيه ، فينطبق على الاجارة من حيث المعنى ، فان المالك لم يبذل المنفعة مجاناً ، بل بعوض ، فاذا فات لفساد العقد وجب أُجرة المثل لتلك المنفعة التي أتلفها .

---

(١) التذكرة٢ : ٢١١ .

(٢) ايضاح الفوائد٢ : ١٢٦ .

ج : لو أذن الولي للصبي في الإعارة جاز مع المصلحة .

فان قيل : هذا لا يقتضي كونها إجارة فاسدة كما ذكره المصنف ، لأن هذا الحكم ثابت مع كونها عارية فاسدة ، والأصل في اللفظ كونه حقيقة ، والمجاز يحتاج إلى الدليل ، ومع ذلك فالعقود بالقصود ، فمع قصد العارية كيف يكون إجارة؟ فيكون عارية فاسدة ، وهو أحد وجهي الشافعية[1] .

والتحقيق أن يقال : إن أراد المصنف بقوله : (فهي إجارة فاسدة) أنها كذلك من حيث المعنى لكون المنفعة مقابلة بعوض ، ومن حيث الحكم باعتبار وجوب أُجرة المثل ـ إذ المالك لم يبذل المنفعة مجاناً ، وامتناع معنى العارية هاهنا لانتفاء التبرع بالمنفعة الذي مدار العارية عليه ـ فهو حق .

وإن أراد أن لفظ العارية مرادٌ به الإجارة البتة ،ولا يقع على هذا التقدير اسم العارية الفاسدة ، فليس كذلك ، ومن أين يعلم هذا والأصل في الاستعمال [الحقيقة[2]] والعقود تابعة للقصود؟ نعم شبهه بالاجارة الفاسدة أكثر ، فلعل المصنف أراد هذا المعنى ، فيندفع الإشكال عن كلامه .

واعلم أن صاحب الشرائع[3] ذهب إلى جواز الأجارة بلفظ العارية ، فاذا ضبطت المنفعة والعوض وقصد باللفظ الاجارة مجازاً صح عنده ، إلاّ أنه بقصد الاجارة يخرج عما نحن فيه ، وسيأتي تحقيق ذلك إن شاء الله تعالى .

قوله : (لو أذن الولي للصبي في الإعارة جاز مع المصلحة) .

لا شك في الجواز مع المصلحة ، والعبرة حينئذ باذن الولي لا بعبارة الصبي .

---

(١) كفاية الأخيار١ : ١٨١ .

(٢) لم ترد في «م» و«ق» ، وأثبتناها من الحجري والمفتاح٦ : ٥٩ عن جامع المقاصد ، وهو الصحيح .

(٣) شرائع الاسلام٢ : ١٧٩ .

د : تجوز استعارة الفحـل للضراب ، والكلب للصيـد ، والسنور والفهد ، واستعارة الشاة للحلب وهي المنحة ، وله الرجوع في اللبن مع وجوده عنده وكذا غيرها .

الفصل الثاني: في الأحكام : وهي أربعة :

الأول: الرجوع : العارية عقد جائز من الطرفين ، إلّا اذا أعار لدفن ميت فيمتنع نبش القبر الى أن يندرس أثر المدفون ، فلو رجع في إذن البناء أو الغرس قبلهما وجب الامتناع ، فإن غرس حينئذ فللمالك القلع مجاناً والمطالبة بالأجرة وطمه الحفر .

ولو رجع بعد البناء أو الغرس أو الزرع فالأقرب جواز اجابته ، لكن

قوله : (وكذا غيرها) .

أي : وكذا يجوز استعارة غير الشاة للحلب من الأنعام وغيرها .

قوله : (الفصل الثاني : في الأحكام ، وهي أربعة : الأول الرجوع : العارية عقد جائز من الطرفين، إلّا إذا أعار لدفن ميت، فيمنع نبش القبر إلى أن يندرس أثر المدفون).

لما في النبش من هتك حرمة المسلم ، قال في التذكرة : ولا نعلم فيه خلافاً[1] . ولا يخفى أن المرجع في اندراس أثر المدفون إلى الظن الغالب .

قوله : (فان غرس حينئذ فللمالك القلع مجاناً) .

وله المطالبة بالقلع ، ويجبر عليه الغارس ، لأنه حينئذ غاصب .

قوله : (ولو رجع بعد البناء أو الغرس أو الزرع ، فالأقرب إجابته

---

(١) تذكرة الفقهاء٢ : ٢١١ .

بشرط دفع أرش الغرس والزرع ولو قبل ادراكه ،

ـ لكن بشرط دفع أرش الغرس والزرع ـ ولو قبل إدراكه) .

مقتضى إطلاق العبارة تناول ما إذا كانت العارية مطلقة ، وأما إذا كانت مؤقتة بأمر معين في كل من البناء والغرس والزرع ، فيكون عدم الإجابة ـ وهو مقابل الأقرب ـ محتملاً في كل من الصور .

وقد صرح الشارح بأن الخلاف إنما هو فيما إذا أعاره للبناء أو الغرس مدة معينة ثم رجع قبل انقضائها ، وأعاره للزرع ثم رجع قبل إدراكه ، أما ما عدا ذلك فان للمعير الرجوع إجماعاً[1] .

وكلام الشيخ في المبسوط في العارية[2] ، وكذا ابن إدريس في السرائر[3] مصرّح بالمنع من الرجوع في الموضعين[4] المذكورين خاصة ، لكن هذا لا يدل على ما ادّعاه من الإجماع .

ولا ريب أن ظاهر عبارة المصنف هنا وفي الصلح عدم الفرق ، بل كلامه في الصلح أدل ، حيث أنه فرض المسألة التي هي موضع الخلاف في البناء ولم يذكر العارية للزرع ، بحيث يحتمل اختصاص الإحتمال به .

---

(١) ايضاح الفوائد ٢ : ١٢٦ ، وما هنا مضمون كلام الشارح لا نصه.

(٢) في المبسوط٣: ٥٥ ـ ٥٦ قال الشيخ في حكم ما اذا كانت عارية الغرس مؤقتة بأمد معين: (فاما اذا أذن له الىٰ سنة ثم رجع قبل مضي السنة. وطالب بالقلع من غير أن يضمن الأرش فلا يلزمه القلع الا بعد الضمان بلا خلاف)، وهو مخالف لما هنا، إذ لا يجبر على القلع سواء ضمن أم لم يضمن. وفي المفتاح ٦: ٦٢ نقل قول الشيخ من دون لفظ (الا بعد الضمان) ولعله اختلاف في النسخ فتأمل.

(٣) السرائر: ٢٦٣. وقال السيد العاملي في المفتاح ٦: ٦٢: ولم يصرح في السرائر بالمنع في صورة التوقيت كالمبسوط، والموجود فيها انه يجبر المستعير علىٰ القلع في البناء والغرس من دون فرق بين الاطلاق والتوقيت.

(٤) قال السيدالعاملي في المفتاح ٦: ٦٢: وعنى بهما: الزرع قبل ادراكه، وما اذا كانت عارية البناء والغرس مؤقتة بأمد معين.

. . . .

وصرح الشارح هناك بما يقتضي تعميم الخلاف ، حيث قال : وقال الشيخ[1] وابن البراج[2] ليس له الرجوع بعده ، لأن إذنه اقتضى البقاء والدوام ، وفي القلع إضرار به ، فلا يملك المعير ذلك ، كما لو أعاره أرضاً للدفن[3] . هذا كلامه .

ووجه القرب : أن بناء العارية على الجواز واللزوم يحتاج إلى دليل ، وهو منتف ، واللزوم في الدفن خرج بالاجماع ، والقياس باطل مع وجود الفارق ، فان هتك حرمة المسلم لا بدل لها ، بخلاف ما يتلف من المال بالقلع ، فان له بدلاً .

فإن قيل : الدليل قوله عليه السلام : «لا ضرر ولا ضرار[4]» .

قلنا : هو مشترك بين المعير والمستعير ، والضرر لا يدفع بالضرر ، مع أنه إذا دفع الأرش حصل الجمع بين الحقين ، لكن إنما يجاب إلى إزالة ما فعله المستعير إذا دفع الأرش للغرس والبناء والزرع .

وترك المصنف ذكر البناء اكتفاء ببيان حكم الغرس والزرع ، ووجهه : أن كلاً منهما محترم صدر بالاذن ، فلا يجوز إتلاف شيء فيه مجاناً ، وهذا رجوع من المصنف عن الاشكال الذي ذكره في الصلح إلى الجزم ، وهذا هو الأصح .

واعلم أن قوله : (ولو قبل إدراكه) وصلّي لقوله : (فالأقرب إجابته)

---

(١) المبسوط ٢ : ٢٩٧ .

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٤٨ .

(٣) ايضاح الفوائد٢ : ١٠٧ .

(٤) الكافي ٥ : ٢٩٢ حديث٢ ، الفقيه ٣ : ٤٥ حديث ١٥٤ ، التهذيب ٧ : ١٦٤ حديث٧٢٧ .

والأقرب توقف تملك الغرس بالقيمة أو الإبقاء بالأُجرة على التراضي منهما .

بالنسبة إلى كل من الزرع والغرس ، وحاول به التنبيه على ردّ خلاف الشيخ[١] وابن إدريس[٢] ، المانعين من الرجوع في العارية للزرع قبل إدراكه ، لأن له أمداً ينتظر ، فلا يجوز له الرجوع قبله .

إن قيل : أي معنى لثبوت الأرش بعد الإدراك ، فانه حينئذ يطلب إزالته ولو لم يزل النقص بعدم الازالة والأرش عوض التالف .

قلنا : لم يحكم المصنف بثبوت الأرش في هذا الفرد ، وإنما حكم بثبوت الأرش وأطلق ، ولمّا كان الأرش عبارة عن عوض ما يتلف بالازالة ، وجب اختصاصه بما عدا ما بلغ مبلغاً يراد إزالته ، وإلاّ لكان بمعرض النقصان .

قوله : (والأقرب توقف تملك الغرس بالقيمة أو الإبقاء بالأُجرة على التراضي منهما) .

خالف الشيخ[٣] وابن الجنيد[٤] في ذلك ، حيث قالا بأنه إذا دفع صاحب الأرض قيمة الغرس ، أُجبر صاحب الغرس على أخذها ، ويملك صاحب الأرض الغرس ، لأنه لا ضرر عليه .

وهو ضعيف ، لأن نقل الملك من مالك إلى آخر لا يكفي فيه عدم الضرر ، بل لا بدّ من التراضي ، وكذا الإبقاء بالأُجرة ، لأن استحقاق العوض في مقابل المنفعة إنما يكون بالتراضي ، والأصح مختار المصنف .

---

(١) المبسوط ٣ : ٥٥ ـ ٥٦ .
(٢) السرائر : ٢٦٣ .
(٣) المبسوط ٣ : ٥٥ .
(٤) نقل قوله فخر المحققين في ايضاح الفوائد ٢ : ١٢٧ .

ولو رجع في عارية الجدار لوضع الخشب قبله جاز ، وبعده على الأقوى ، فيستفيد التخيير بين طلب الأُجرة للمستقبل مع رضى المستعير ، وبين القلع مع دفع أرش النقص وإن أدى الى خراب ملك المستعير لكون الأطراف الأُخر مبنية عليه على اشكال .

قوله : (وبعده على الأقوى ، فيستفيد التخيير بين طلب الأُجرة للمستقبل مع رضى المستعير . . .) .

قد سبق أن الأصح أن له الرجوع مطلقاً مع الأرش ، ومعنى قول المصنف : (فيستفيد التخيير . . .) أن المعير يستفيد برجوعه تخير الشارع إياه بين الأمرين .

قوله : (وإن أدّى إلى خراب ملك المستعير ، لكون الأطراف الأُخر مبنية عليه على إشكال) .

أي : على ملك المستعير ، ولعل ذكر هذا الفرع هو السبب في إعادة المسألة التي قبله ، إذ قد سبقت في الصلح .

ومنشأ الاشكال : من أن جواز الرجوع مشروط بما إذا لم يستلزم التصرف في ملك الغير (وتخريب بنائه الواقع في ملكه ، فان الثابت له هو تفريغ ملكه من ملك الغير ، لا تخريب ملك الغير[1]) .

ومن أن ذلك مما يتوقف عليه التفريغ الذي هو حق للمعير ، ولا يتم إلاّ به ، فهو مقدمته ، والمستعير هو الذي أدخل الضرر على نفسه ، ببنائه في ملكه بناء معرضاً للزوال بالرجوع في العارية التي هي مبنية على الجواز. والأول مختار الشيخ[2] وابن ادريس[3] ، والأصح الثاني .

---

(١) ما بين القوسين لم يرد في «م».

(٢) المبسوط٢ : ٢٩٧ و٣ : ٥٦ .

(٣) السرائر: ٢٦٣ .

ولو انهدم الحائط ، أو أزال المستعير الخشب باختياره أو باكراه ، أو انقلعت الشجرة لم يملك اعادته ، سواء بنى الحائط بآلته أو بغيرها ما لم يجدد الإذن .

فروع

أ ـ لو رجع في الإعارة للدفن بعد وضع الميت في القبر قبل الطم جاز .

ب : لو رجع قبل الغرس فلم يعلم حتى غرس جاز له القلع مجاناً على اشكال ، وفي استحقاق الأُجرة قبله نظر .

قوله : (فروع : أ ، لو رجع في الإعارة للدفن بعد وضع الميت في القبر قبل الطّم جاز) .

لأنه لا يستلزم النبش المحرم ، وأُجرة الحفر حيث تثبت على ولي الميت ، أما الطم فانه على صاحب الأرض ، لصدوره بإذنه .

قوله : (ب : لو رجع قبل الغرس ، فلم يعلم حتى غرس ، جاز له القلع مجاناً على إشكال) .

ينشأ : من التردد في نفوذ الرجوع قبل العلم ، وسيأتي ان شاء الله تعالى تحقيقه في الوكالة .

والأصح أنه لا ينفذ ولا يخاطب به إلاّ بعد العلم ، إذ لو نفذ لكان ممنوعاً من الغرس وعادياً ، وهو يقتضي التكليف بما لا يطاق ، إذ يستلزم خطاب الغافل ، فحينئذ لا بدّ من الأرش .

قوله : (وفي استحقاق الأُجرة قبله نظر) .

أي : قبل القلع أو قبل العلم ، والأول أوقع ، لأن السياق يقتضي كون

ولو حمل السيل نواة فنبتت في أرض غيره أجبر المالك على القلع ، والأقرب أن عليه تسوية الأرض لأنه قلعه لتخليص ملكه ،

هذا من أقسام ما إذا لم يعلم بالرجوع حتى غرس ، ومنشأ النظر هو منشأ الاشكال ، فان الرجوع إن نفذ كان تصرفه في ملك الغير بغير إذن ، فتجب الأجرة ، وإلاّ فلا بحث ، والأصح عدم الوجوب .

قوله : (ولو حمل السيل نواة فنبتت في أرض غيره ، أُجبر المالك على القلع) .

لو حمل السيل نوى شخص أو حبّه إلى ملك آخر فنبتت في أرضه ، فهو باق على ملك مالكه ، ولصاحب الأرض مطالبته بالإزالة ، فيجب عليه ، لأن ملكه قد شغل أرض غيره بغير حق ،فيجب تخليصه منها ، ولا أُجرة عليه على الظاهر إذا لم يقصر في القلع ، وهذا إذا لم يكن النوى والحب ممن أعرض عنه المالك وطرحه ، فان كان كذلك فله تملكه ولصاحبه الرجوع فيه ، ولو جهل المالك مع عدم تحقق الإعراض ، فهو مال مجهول المالك .

قوله : (والأقرب أن عليه تسوية الأرض ،لأنه قلعه لتخليص ملكه).

وجه القرب : أن الحفر أمر واجب عليه ، لمحض تخليص ملك الغير وتخليته من ملكه ، حيث أنه شغله بغير حق فوجبت التسوية .

ويحتمل ضعيفاً العدم ، لأن التخليص عائده على صاحب الأرض أكثر .

ويرده : أنه وإن كان كذلك ، إلاّ أن ذلك الحق لصاحب الأرض ، فان شغل أرضه لمّا كان بغير حق ، وجب أن يكون رفع ذلك واجباً على مالك النوى ، وما يحدث من الضرر عليه إزالته ، وهو الأصح .

ولا يخفى أن تعليل المصنف ليس بجيد ، لأنه مشترك بين صاحب الأرض والنوى ، فلا يستلزم ما ادّعاه .

ولصاحب الأرض الإزالة مجاناً .

ج : لو رجع في اذن الزرع وقد بلغ القصيل وجب قلعه مجاناً ؛ لانتفاء الضرر ، ومع الضرر الأرش .

د : لو شرط القلع عند الرجوع مجاناً وتسوية الحفر أُلزم الوفاء ولا أرش ، وإن شرط الأول لم يكلّف المستعير التسوية .

هـ : لو لم يشرط القلع فأراده المستعير فله ذلك ، وهل عليه التسوية ؟ اشكال ينشأ : من أنه كالمأذون في القلع بأصل الإعارة ، ومن أنه قلع باختياره فليرد الأرض كما كانت .

قوله : (ولصاحب الأرض الإزالة مجاناً) .

لما قلناه : من أن شغل ملكه بغير حق .

قوله : (لو رجع في الإذن وقد بلغ القصيل وجب قصله مجاناً ، لانتفاء الضرر ، ومع الضرر الأرش) .

هذا إذا كان ذلك النوع من الزرع مما يعتاد قصله ، سواء حصل بقصله ضرر ونقصان أم لا ، لكن مع انتفاء الضرر لا أرش ، ومعه يجب الأرش ، أما لو لم يكن ذلك النوع معتاداً قصله ، فالأقرب أن حكمه في القلع والتبقية حكم الرجوع في الغرس ، وفاقاً للمصنف في التذكرة[1] ، حملاً للإطلاق على العادة الغالبة .

قوله : (لو لم يشترط القلع فأراده المستعير ، فله ذلك ، وهل عليه التسوية؟ إشكال ، ينشأ : من أنه كالمأذون في القلع بأصل الإعارة ، ومن أنه قلع باختياره فليرد الأرض كما كانت) .

لو قيل في توجيه الاشكال غير هذا لكان أوجه ، وتحقيقه : أن الاذن في

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢ : ٢١٣ .

و : يجوز للمعير دخول الأرض ، والانتفاع بها ، والاستظلال بالبناء والشجر ، وكل ما لا يضر البناء والغرس ، وللمستعير الدخول لسقي الشجر ، ومرمّة البناء دون التفرج .

الزرع إذن في توابعه التي من جملتها القلع ، ومتى كان القلع ماذوناً فيه من المالك لم تجب التسوية ، ووجه الوجوب : أنه قد أحدث في أرض الغير حدثاً باختياره ، فيجب عليه إصلاحه .

ولقائل أن يقول : لا نسلم أن الإذن في الزرع يقتضي الاذن في القلع ، ولا دليل يدل على ذلك ، فيكون القلع حينئذ جناية غير مأذون فيها ، ولا ريب أن المسألة محل تردد ، فنحن فيها من المتوقفين .

ومثله ما لو نقصت الأرض بالقلع ، فان في وجوب الأرش الإشكال .

واعلم : أن قول المصنف (لو لم يشترط القلع) يشعر بأنه لو اشترط لم يجب عليه التسوية ، وهو كذلك ، لأن القلع حينئذ مأذون فيه ، فلا يكون ما أحدث بسببه مضموناً .

قوله : (يجوز للمعير دخول الأرض والانتفاع بها ، والاستظلال بالبناء والشجر ، وكلّ ما لا يضر البناء والغرس) .

أي : ويجوز له كلّ ما لا يضر البناء والغرس ، لأن ذلك كله تصرف في ملكه ، أما التصرف في البناء والغرس فلا يجوز .

قوله : (وللمستعير الدخول لسقي الشجر ومرمة البناء دون التفرج)

أما السقي فانه من ضرورات الغرس ، ومثله سقي الزرع ، وأما مرمة البناء فليس تجديداً ليتوقف على الاذن ، وفي تركه إضاعة المال المنهي عنها ، بخلاف التفرّج ، فانه غير مأذون فيه .

قال في التذكرة : لو تعطّلت المنفعة على صاحب الأرض بدخوله ، لم

ز : لكل من المستعير والمعير بيع ملكه من صاحبه ، ومن اجنبي .

ح : لو أعاره للغرس مدّة معينة فله الرجوع قبله ، وقبل انقضائها مع الأرش ، وهو التفاوت بين كونها قائمة الى المدّة ومقلوعة قبل انقضائها ،

يمكّن منه إلّا بالأجرة ، جمعاً بين حفظ المالين[1] .

قوله : (لكل من المعير والمستعير بيع ملكه من صاحبه ومن جنبي) .

منع بعض العامة من بيع المستعير ملكه ، لأنه في معرض النقص والهدم . وليس بشيء ، فان الحيوان المشرف على التلف يجوز بيعه ، وكذا المستحق للقتل قصاصاً ، ومتى كان المشتري جاهلاً بالحال فله الخيار ، بخلاف ما إذا كان عالماً ، وينزل منزلة المستعير .

ويجوز بيعهما معاً باتفاقهما : المعير والمستعير ، وحينئذ فيوزّع الثمن على أرض مشغولة بالغراس أو البناء على وجه الاعارة ، مستحقّ للقلع مع الأرش ، أو الإبقاء مع الأجرة إذا تملكه بالقيمة مع التراضي فيهما ، وعلى ما فيها من بناء أو غرس مستحق للقلع على أحد الأنحاء ، فحصة الأرض للمعير وحصة ما فيها للمستعير .

قوله : (لو أعاره للغرس مدة معينة ، فله الرجوع قبله وقبل انقضائها مع الأرش) .

التقييد بالأرش مخصوص بما إذا رجع قبل انقضاء المدة ، لأنه إذا رجع قبل الغرس لا نقص حينئذ بسبب الرجوع على غرس المستعير بتدارك الأرش .

قوله : (وهو التفاوت بين كونها قائمة إلى المدة ومقلوعة قبل انقضائها) .

---

(١) التذكرة ٢ : ٢١٣ .

وله الرجوع بعدها ، والإلزام بالقلع مجاناً .

إنما اعتبر في الأرش تقويمها قائمة إلى المدة المعينة وتقويمها مقلوعة ، لأن بقاءها إلى المدة مستحق إلى أن يبذل الأرش ، ومن ثم تقوم قائمة على حالها ، ومقلوعة فيما إذا أعار للغرس مثلاً وأطلق ، لأنها مستحقة للإبقاء مطلقاً إلى أن يبذل الأرش ، وقبله لا يجوز قلعها .

ومن توهم أن الأرش لا بدّ فيه من تقويمها قائمة بالأُجرة ، فقد غلط قطعا ، اذ لا أُجرة حينئذ .

قوله : (وله الرجوع بعدها والإلزام بالقلع مجاناً) .

أي : بعد المدة المشترطة ، لأن زمان العارية ينتهي بانتهائها ، وحينئذ فيكون شغل أرض المعير بها بغير استحقاق ولا إذن ، فيستحق الإزالة .

وفي التذكرة فصّل تفصيلاً آخر ، حاصله : أنه إن شرط القلع بعد المدة أو نقض البناء وجب ولا أرش[1] ، عملاً بالشرط ، وكذا لا يجب على المستعير طم الحفر ، للاذن فيه الحاصل بالشرط . وإن لم يكن شرط عليه القلع واختاره المستعير كان له ذلك ، والأقوى عنده أن عليه تسوية الأرض ، لأنه أحدث في أرض الغير[2] حدثاً باختياره . وإن لم يختر القلع وأراده المعير ، فلابد من الأرش[3] . هذا محصّل كلامه ، وهو مخالف لما هنا .

والذي يظهر من مطاوي كلامه : أن فائدة تعيين المدة في العارية ، أن للمستعير تجديد الغرس مثلاً في كل يوم إلى انقضاء المدة ، فبعده لا يجوز .

والظاهر أن ما اختاره هنا هو الصواب ، لأن تأقيت مدة العارية يقتضي انتفاءها بعد انقضائها .

---

(١) في «ق» : لا يجب الأرش .

(٢) في «ق» : المعير .

(٣) التذكرة ٢ : ٢١٢ .

ولا فرق بين الغرس والزرع على اشكال ينشأ : من أن الغرس والبناء للتأبيد ، وللزرع مدّة تنتظر فليس له الرجوع قبلها .

الثاني: الضمان : العارية أمانة لا يضمنها المستعير إلاّ بالتفريط في الحفظ ، أو التعدي ، أو اشتراط الضمان ،

نعم لو صرّح في العقد بكون التأقيت لتحديد التصرف فقط لا لمدة العارية ، كان ما ذكره في التذكرة متجها .

قوله : (ولا فرق بين الزرع والغرس على إشكال ، ينشأ : من أن البناء والغرس للتأبيد ، وللزرع مدة تنتظر فليس له الرجوع قبلها) .

أي : لو أعار للزرع مدة معينة فانقضت ولما يدرك ، فهل يكون الحكم كما سبق في الغرس ، وهو وجوب القلع مجاناً؟ أم يفرق بينهما ، فيكون الحكم في الزرع كالحكم فيما لو أعار للغرس ولم يقيد بمدة ، فيجب الأرش إذا أراد القلع؟ في الفرق وعدمه أشكال .

ينشأ : من أن البناء والغرس للتأبيد ، فيمكن التأقيت فيه بأي مدة أراد المعير ، لعدم تفاوت الأزمنة بالنسبة إليه ، بخلاف الزرع ، فان له مدة تنتظر ، فلا يعتد بالتأقيت القاصر عنها .

ومن أن الناس مسلطون على أموالهم ، والمسلمون عند شروطهم ، ولم تصدر الإباحة من المالك إلا إلى الأمد المخصوص ، وقد دخل المستعير على القلع عند انقضائه ، فيجب الوفاء ، وهو الأصح . وضعف الأول ظاهر .

ولا يخفى أن موضع الاشكال ما اذا لم يكن عدم إدراك الزرع مستنداً إلى تقصير المستعير ، فان أخر باختياره حتى ضاق الوقت وجب القلع مجاناً قطعاً .

قوله : (الثاني الضمان ، العارية أمانة لا يضمنها المستعير . . .)

أو كانت ذهباً أو فضة وإن لم يشترط الضمان إلاّ أن يشترط سقوطه .

وفي دخول المصوغ نظر ،

العارية أمانة باجماع علمائنا ، والنص من أهل البيت عليهم السلام[١] ، إلا في مواضع منها : التعدي أو التفريط في الحفظ وهو ظاهر ، ومنها : ما إذا اشترط الضمان بالنص[٢] والاجماع ، ومنها : عارية غير المالك فانها غصب في الحقيقة ، ومنها : عارية الصيد للمحرم ـ فان إمساكه حرام عليه ، فيكون متعدياً وضامناً ، وهذا ظاهر بالنسبة إلى حقّ الله تعالى ، أما بالنسبة إلى حق المعير الذي هو المالك ففيه الكلام السابق ـ ومنها : عارية الذهب والفضة كما سيأتي إن شاء الله تعالى .

قوله : (أو كانت ذهباً أو فضة وإن لم يشترط الضمان ، إلاّ أن يشترط سقوطه) .

إذا كان الذهب أو الفضة دنانير أو دراهم فلا خلاف في ضمانها ، والنصوص[٣] في ذلك كثيرة، إنماالخلاف في المصوغ منهما ، وهذا إذا لم يشترط سقوط الضمان ، أما مع اشتراطه فانه يسقط قطعاً ، للنص[٤] ، ولوجوب الوفاء بالشرط .

قوله : (وفي دخول المصوغ نظر) .

لا شبهة في دخول المصوغ من الذهب والفضة في مسماهما ، إنما الكلام في دخولهما في الحكم ، فكأنه أراد أن في اندراجهما في الحكم بالضمان نظراً ، ينشأ من تخيل تعارض النصوص :

---

(١) الكافي٥ : ٢٣٨ باب ضمان العارية والوديعة، التهذيب ٧ : ١٨٢ باب العارية.

(٢) الكافي ٥ : ٢٣٨ حديث ١ ـ ٣، التهذيب ٧ : ١٨٣ حديث ٨٠٤، ٨٠٦.

(٣) الكافي ٥ : ٢٣٨ حديث ٢، ٣، التهذيب ٧ : ١٨٣ حديث ٨٠٤، ٨٠٦.

(٤) الكافي ٥ : ٢٣٨ حديث٣، التهذيب ٧ : ١٨٣ حديث٨٠٦.

. . . .

فان في حسنة زرارة عن الصادق عليه السلام في كون العارية مضمونة : « جميع ما استعرت فتوى[1] فلا يلزمك تواه ، إلاّ الذهب والفضة فانهما يلزمان[2] » الحديث .

وفي صحيحة ابن مسكان عن الصادق عليه السلام : « لا تضمن العارية إلاّ أن يكون اشترط فيها ضماناً ، إلاّ الدنانير فانها مضمونة وإن لم يشترط فيها ضمانا[3] » وحسنة عبد الملك عنه عليه السلام[4] مثلها ، إلاّ أن الإستثناء فيها للدراهم .

والتحقيق : أنه لا تعارض ، لأن استثناء الذهب والفضة في الرواية الأولى يقتضي ثبوت الضمان في هذين الجنسين ، لأن اللام فيهما للجنس ، واستثناء الدراهم والدنانير في الروايتين الأخيرتين يقتضي كون المخرج من العموم الدراهم والدنانير ، فيبقى العموم فيما عداهما بحاله ، فيخرج منه الجنسان من حيث هما ذهب وفضة ، لأنهما أخص من هذا العموم مطلقاً ، ولا تعارض بين العام والخاص .

وما ذكره الشارح ـ من أن الدراهم والدنانير أخص من الذهب والفضة ، فيخصان بهما ، وتكون الدراهم والدنانير مخصوصين للعموم[5] ـ لا محصّل له ، ولا ينطبق على القوانين ، لأن استثناء الذهب والفضة تارة واستثناء الدراهم والدنانير تارة أُخرى ، لا يقتضي أكثر من أن أحد المخصصين أعم من الاخر مطلقاً ، فيخص بكل منهما ، لأن أحدهما يخص بالآخر .

---

(١) قال الجوهري في الصحاح (توى) ٦ : ٢٢٩٠ : والتوى ـ مقصور: هلاك المال.

(٢) الكافي ٥ : ٢٣٨ حديث٣ ، التهذيب ٧ : ١٨٣ حديث٨٠٦ .

(٣) الكافي ٥ : ٢٣٨ حديث٢ ، التهذيب ٧ : ١٨٣ حديث ٨٠٤ ، الاستبصار ٣ : ١٢٦ حديث ٤٤٨ .

(٤) التهذيب ٧ : ١٨٤ حديث ٨٠٨ .

(٥) ايضاح الفوائد ٢ : ١٣٠ .

أو استعار من المستعير ، أو صيداً في الحرم ، أو كان محرماً

وما توهمه بعضهم ـ من أن أحدهما مطلق والآخر مقيد ، فيحمل المطلق على المقيد ـ ليس بشيء أيضاً ، لأنه إذا أخرج من العموم الدنانير والدراهم في لفظ ، وأخرج الذهب والفضة في لفظ آخر لم يكن بينهما منافاة ، لأن إخراج الأمر الكلّي إخراج لبعض أفراده ، كما أن إخراج البعض لا ينافي إخراج الكلّ .

فإن قيل : المنافاة حاصلة ، لأن الاستثناء إذا دلّ على أن المخرج ليس الدراهم والدنانير ، نافى أن يكون المخرج الذهب والفضة ، فيجمع بينهما بحمل الذهب والفضة على الدراهم والدنانير .

قلنا : الاستثناء وإن دلّ على ذلك ، إلاّ أنه يقتضي بقاء العموم فيما عداهما ، والاستثناء الآخر يقتضي بقاءه فيما عدا الذهب والفضة ، والأصل فيهما إرادة الحقيقة ، وحملهما على المجاز خلاف الظاهر ، ولا شك أن العدول بهما عن الحقيقة أبعد من استعمال اللفظ مجازاً في الافراد الاقل ، وهذا بمثابة : قام القوم إلاّ الشجاع منهم مع قام القوم إلاّ زيداً ، وهو أحد الشجعان .

والأرجح الضمان ، فيدخل المصوغ ، ويؤيده عموم « على اليد ما أخذت حتى تؤدي »[١] .

قوله : (أو استعار من المستعير صيداً في الحرم أو كان محرماً) .

يرد عليه ما سبق من الإشكال ، إلاّ أن يريد به بالاضافة إلى حقّ الله تعالى ، لكنه خلاف ما صرح به .

---

(١) سنن الترمذي ٢ : ٣٦٨ حديث ١٢٨٤ ، مسند أحمد ٥ : ١٢ .

فيضمن ما يجب ضمانه بالمثل إن كان مثلياً وإلاّ فالقيمة يوم التلف .
ويحتمل أعلى القيم من حين الضمان الى حين التلف .
ويجب رد العين مع الطلب والمكنة ، فإن أهمل معهما ضمن .

ولو تلفت بالإستعمال كثوب انمحق باللبس فإشكال ينشأ : من استناد التلف الى مأذون فيه ، ومن انصراف الإذن غالباً الى استعمال غير متلف ،

قوله : (فيضمن ما يجب ضمانه بالمثل إن كان مثلياً ، وإلاّ فالقيمة يوم التلف ، ويحتمل أعلى القيم من حين الضمان إلى حين التلف) .

وجه الأول : أن الواجب مع بقاء العين ردّها دون القيمة ، وإنما ينتقل إليها حين التلف ، لتعذر ردّ العين حينئذ ، فتجب قيمته حين التلف ، ففي قول المصنف : (يوم التلف) توسع ، وهذا هو الأصح كما سبق بيانه غير مرة .

ووجه الثاني : كون كلّ واحدة من القيم المتعددة في محل كون العين مضمونة (فتكون مضمونة)[1] إذ معنى الضمان كونها لو تلفت تجب تلك القيمة .

وهناك ثالث وهو : وجوب قيمته حين الضمان ، لأنها ثابتة أول أوقات صيرورته مضموناً ـ على معنى وجوبها لو تلفت ـ فيبقى ، وقد سبق تنقيح مثل هذا البحث في البيع .

قوله : (ولو تلفت بالاستعمال ، كثوب انمحق باللبس فاشكال ، ينشأ : من استناد التلف إلى مأذون فيه ، ومن انصراف الاذن غالباً إلى استعمال غير متلف) .

---

(١) ما بين القوسين لم يرد في «م».

فإن اوجبناه ضمن بالقيمة آخر حالات التقويم ،وكذا لو اشترط الضمان فنقصت بالاستعمال ثم تلفت، أو استعملها ثم فرط فإنه يضمن القيمة يوم التلف ؛ لأن النقص غير مضمون على اشكال .

لقائل أن يقول : إن وجهي الاشكال لا يتعلقان بمسألة واحدة ، لأن استعمال المتلف إما أن يكون بحيث يتناوله الاذن ـ فيكون مأذوناً فيه ـ أو لا ، فعلى التقدير الأول لا يجيء الوجه الثاني ، وعلى الثاني لا يجيء الأول .

ويمكن بيانه بطريق آخر ، وهو أن يقال : منشأ الاشكال : من دلالة ظاهر الاذن في الاستعمال على تجويز كل استعمال ، ومن أن الغالب في الاستعمال ما لا يكون متلفاً ، فيحمل الاطلاق عليه .

والذي يقتضيه النظر : أن الاستعمال المتلف متى كان بحيث يتناوله عقد العارية لا يستعقب ضماناً ، واختاره في التحرير[١] ، وفيه قوة .

نعم لو شك في تناول اللفظ إياه فالضمان قويّ ، ولا أستبعد أن يكون من صور الثاني مالو أذن في لبس الثوب ولم يزد ، بخلاف مالو أذن في كل لبس أو في لبسه دائماً ، لأن إذنه في لبسه في الجملة لا يقتضي الاذن في كل لبس

قوله : (فان أوجبناه ضمن بالقيمة آخر حالات التقويم) .

أي : فان أوجبنا الضمان في الصورة السابقة ـ حملاً للإذن في الاستعمال على استعمال غير متلف ـ ضمنه بقيمته آخر حالات تقويمه قبيل التلف ، لحمل الاذن على كل لبس غير متلف ، فالضمان منتف إلى حين التلف .

قوله : (وكذا لو شرط الضمان ، فنقصت بالاستعمال ثم تلفت ، أو استعملها ثم فرّط ، فانه يضمن القيمة يوم التلف ، لأن النقص غير مضمون على إشكال) .

---

(١) تحرير الأحكام ١ : ٢٧١ .

وللمستعير الانتفاع بما جرت العادة ، فلو نقص من العين شيء ، أو تلف بالاستعمال فلا ضمان ، إلا أن يشترط ذلك في العارية .

أي : وكذا لو شرط المعير ضمان العين لو تلفت ، فنقصت بالاستعمال المأذون فيه ثم تلفت ، فانه يضمن قيمة يوم التلف خاصّة ، لأنّ النقص بفعل مأذون فيه ، فلا يكون مضموناً على إشكال ، ومثله مالو استعملها بالاذن ثم فرّط في حفظها ، فصار ضامنا ثم تلفت ، فان الاشكال آت .

ومنشأ الاشكال : من استناد النقص إلى فعل مأذون فيه فلا يكون مضموناً ، ومن أنها عين مضمونة بالإشتراط والتفريط ، فيكون ذلك النقص مضموناً . وفي رواية[1] وهب ـ وهي ضعيفة السند ـ ما يقتضي الضمان .

والتحقيق أن نقول : إن الضمان للأجزاء في العارية التي فرّط فيها بعد أن نقصت الأجزاء بالاستعمال المأذون فيه ـ مع أن النقص بالاستعمال غير مضمون إذا ردّ العين ـ لا وجه له .

أما العارية المضمونة ، فقد تعارض فيها : تضمين الأجزاء الذي هو مقتضٍ تضمين العين ، والإذن في الاستعمال الذي هو مقتضٍ لكون أنواع الاستعمال المأذون فيها لا يتعلق بها ضمان ، وهو محل التردد .

ولا أستبعد الضمان ، لأنه ليس من لوازم أصل الاستعمال النقص ، ولأنه لا منافاة بين كون الاستعمال مأذوناً فيه والنقص مضموناً ، وهذا قويّ جداً .

قوله : (وللمستعير الانتفاع بما جرت العادة ، فلو نقص من العين شيء أو تلفت بالاستعمال فلا ضمان ، إلّا أن يشترط ذلك في العارية) .

لا يخفى أن هذا مناف لما سبق في كلامه من الاشكال في كل من المسألتين ، والفتوى على ما قدمناه ، ولو حملت العبارة السابقة على استعمال

---

(١) الكافي ٥ : ٣٠٢ حديث٢ ، التهذيب٧ : ١٨٥ حديث ٨١٤، الاستبصار ٣ : ١٢٥ حديث ٤٤٥ .

والمستعير من المستأجر ، والموصى لـه بالمنفعة كالمستعير من المالك .

ولو استعار من الغاصب عالماً بالغصب فللمالك الرجوع على من شاء بالأُجرة وأرش النقص والقيمة لو تلفت ، ويستقر الضمان على المستعير ، ومع الجهل يضمن الغاصب الجميع ، إلاّ أن يكون هناك ذهب أو فضة فإن الأقرب الضمان على المستعير خاصة .

غير مأذون فيه وهذه على مأذون فيه لم يتجه الاشكال ، بل يتعيّن الضمان قطعاً ، ولو حملت هذه العبارة على أن الباء التي في قوله : (بالاستعمال) بمعنى مع ـ ليكون التلف لا بسبب الاستعمال ـ لا ندفع التنافي ، إلاّ أنه بعيد عن الظاهر جداً ، وعلى كل حال فالعبارة لا تخلو من شيء .

قوله : (والمستعير من المستأجر والموصى له بالمنفعة كالمستعير من المالك) .

لأن كل واحد منهما مالك للمنفعة فله نقلها إلى غيره ، وهذا إذا لم يشترط عليه استيفاؤها بنفسه ، والظاهر أنه لا يجوز له تسليم العين إلا باذن المالك ، كما سيأتي بيانه في الاجارة إن شاء الله .

قوله : (ومع الجهل يضمن الغاصب الجميع ، إلاّ أن يكون ذهباً أو فضة فان الأقرب الضمان على المستعير خاصة) .

أي : ومع جهل المستعير بالغصب يستقرّ الضمان على الغاصب ، إلاّ إذا كانت العارية مضمونة لكونها ذهباً أو فضة ونحوهما ، فان الأقرب أن قرار الضمان على المستعير خاصّة ، هذا هو المراد من العبارة ، لأن المستعير وإن كان جاهلاً فان يده يد عدوان ، فللمالك الرجوع عليه ، لعموم على اليد ما أخذت[1] .

---

(١) مستدرك الوسائل ٣: ١٤٥، سنن البيهقي ٦: ٩٥، مستدرك الحاكم٢: ٤٧ .

ولو جحد العارية بطل استئمانه ويضمن .

ولو تجاوز المأذون ضمن .

ولو أمر رسوله بالإستعارة الى قرية ، فكذب الرسول وأخبر المعير بطلب المستعير الى اُخرى ، فخرج بها المستعير الى ما ذكره الرسول فتلفت لم يضمن ؛ لأن صاحبها أعارها اليه . ولو خرج بها الى ما قال المستعير لرسوله فتلفت ضمن ، ولا شيء على الرسول وإنما يبرأ الضامن اذا رد على المالك أو وكيله لا الى الحرز ، ولو تجاوز المسافة المشترطة لم يبرأ بالرد اليها .

وتوهم أن المراد ما يقتضيه ظاهر العبارة ـ من اختصاص الضمان بالغاصب في الأولى وبالمستعير في الثانية ـ فاسد بما قلناه .

ووجه القرب : أنه مع عدم كون العارية مضمونة دخل على أنها أمانة ، والمغرور يرجع على من غره ، ومع كونها مضمونة دخل على الضمان ، وقد استقرّ التلف في يده ، فيستقر الضمان عليه ، وهو الأصح .

ويحتمل ضعيفا العدم لغروره ، وليس بشيء ، لأن غروره في كونها غير مغصوبة ، والضمان غير ناشيء عن الغصب ، بل عن كونها مضمونة ، وهو ظاهر .

قوله : (ولو أمر رسوله بالاستعارة إلى قرية ، فكذب الرسول وأخبر المعير بطلب المستعير إلى اُخرى ، فخرج بها المستعير إلى ما ذكره الرسول فتلفت لم يضمن . لأن صاحبها اعارها إليه ، ولو خرج بها إلى ما قال المستعير لرسوله فتلفت ضمن ولا شيء على الرسول) .

أما الحكم الأول فوجهه ما ذكره المصنف : من أن العارية وقعت إلى ذلك الموضع ، ويرد عليه : أن خروجه إلى القرية الأُخرى مع عدم علمه باذن

الثالث: التسلط على الانتفاع : ويتقدّر بقدر التسليط ، وينتفع بما جرت العادة به ، فلو أعاره الدابة لحمل معيّن لم تجز له الزيادة ويجوز النقصان ، ولو اطلق فله حمل المعتاد على مثلها .

المعير إليها يكون تصرفا ممنوعا منه شرعاً ، فحقّه أن يضمن على مقتضى ما ذكروه في عارية الصيد للمحرم ، وثبوت الاثم عليه لإقدامه بزعمه على فعل المحرم لا ريب فيه .

وأما الحكم الثاني فانه مستقيم إذا أخبر الرسول المرسل بالحال الواقع أو سكت ، أما اذا أخبره بالعارية إلى ما طلب المستعير ، فان قرار الضمان على الرسول على أظهر الوجهين لكونه غاراً ، فاطلاق العبارة لا يخلو من شيء .

قوله : (الثالث : التسلّط على الانتفاع ، ويتقدّر بقدر التسليط ، وينتفع بما جرت العادة به) .

أما تقدّر الانتفاع بقدر التسليط فواضح ، إذ لا يجوز التصرف في مال الغير إلاّ بمقتضى الاذن ، فان عمّم له وجوه الانتفاع ـ كأن أعاره الأرض لينتفع بها في الزرع والغرس والبناء وغير ذلك ـ كان له الانتفاع بسائر وجوه النفع المعدة تلك العين لها ؛ وإن خصّص لم يجز التخطي قطعاً ، وإن أطلق صح على أقرب الوجهين .

إلاّ أن كلام المصنف في التذكرة اختلف ، ففي أول كلامه أجراه مجرى التعميم ، فجوز جميع وجوه الانتفاع ، وفي آخر البحث مال إلى الانتفاع بما جرت به العادة الغالبة من الانتفاع بتلك العين ، فلو أعاره الأرض كذلك كان له البناء والغرس والزرع ، دون الرهن والوقف والدفن والاجارة[1] ، وهو مختاره في التحرير[2] .

---

(١) التذكرة ٢ : ٢١١ .
(٢) تحرير الأحكام ١ : ٢٦٩ .

ولو أذن في زرع الحنطة تخطّى الى المساوي والأدون لا الأضر ، ولو نهاه حرم التخطي وعليه الأُجرة لو فعله . والأقرب عدم اسقاط التفاوت مع النهي لا الإطلاق ،

إذا تقرر هذا فعبارة الكتاب لا تخلو من مناقشة ، لأن الانتفاع بمجرى العادة لا يثبت في كل موضع كما حققناه ، بل مع الاطلاق خاصة ، والمتبادر من العبارة الانتفاع بما جرت العادة مع تقدير التسليط ، فلو قال : وينتفع بما جرت العادة به لو أطلق لكان أولى .

قوله : (ولو أذن في زرع الحنطة تخطى إلى المساوي والأدون لا إلى الأضر) .

الظاهر من كلامهم أن هذا الحكم إجماعي ، وإلا فهو مشكل من حيث الدليل ، لوجوب الاقتصار على المأذون ، فعلى هذا لو كان أحد الشيئين أقل ضرراً من وجه وأشدّ من وجه آخر ، فهل يجوز التخطي من أحدهما إلى الآخر؟ فيه تردد .

قوله : (ولو نهاه حرم التخطي وعليه الأُجرة لو فعله) .

أي : فعل التخطّي حيث نهاه عن زرع غير المعيّن ، ووجوب أُجرة المثل لأن ذلك تصرف غير مأذون فيه .

قوله : (والأقرب عدم إسقاط التفاوت مع النهي لا الإطلاق) .

أي : الأقرب عدم إسقاط التفاوت بين الأُجرتين للمأذون في زرعه ، وللمتخطى إليه (إذا كان المتخطى إليه)[1] أضرّ وقد نهاه عن التخطي . والمراد بـ (التفاوت) هو مقدار أُجرة المأذون فيه .

والأقرب أنه ليس الحكم كذلك مع الإطلاق ، والمراد به : الاذن في

---

(١) ما بين القوسين لم يرد في «م».

....

زرع معين مع عدم النهي عن التخطي ، فالمراد بالاطلاق ما قابل النهي .

ووجه القرب في الاول : أنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه ، فيضمن المنفعة المستوفاة بتمامها .

ويحتمل ضعيفاً : ضمان ما زاد على أُجرة المأذون فيه فقط ، لأنه قد أباحه المنفعة المخصوصة ، فلا يجب لها عوض ، بخلاف المنفعة الزائدة ، فانها التي لم يؤذن فيها .

وضعف هذا ظاهر ، لأنه إنما أذن في المنفعة في مخصوص لا مطلقاً ، فاذا جاوزه كان انتفاعه كلّه عدوانا ، فيضمن الجميع ، وهو الأصح .

ووجه القرب في الثاني : أنه مع عدم النهي عن التخطي ، استفاد بالاذن في الزرع المخصوص استباحة المنفعة المخصوصة في ضمن أيّ فرد كان ، فحيث تخطى إلى الأضر ، كان مقدار منفعة المأذون فيه مباحاً له خاصة ، فيضمن الزائد فقط .

ويحتمل : ضمان الجميع هنا أيضاً ، للمنع من إباحة المنفعة المخصوصة حينئذ في ضمن أيّ فرد كان ، بل في ضمن المساوي والأقل ضرراً خاصة دون الأكثر ، فالتصرف في الأرض بزرع الأكثر ضرراً غير مأذون فيه ، فتكون المنفعة المستوفاة به مضمونة .

والفرق بين الأكثر ضرراً مع الاطلاق ، ومع النهي عن التخطي للنوع المخصوص غير واضح ، لأن المزروع في كلّ من الحالتين غير مأذون فيه ، غاية ما في الباب أنه في إحداهما نص على المنع ، وفي الأُخرى المنع مستصحب بالأصل ، ولا تجد تفرقة بين من منع من التصرف في ملكه ، وبين من لم يأذن ولم يمنع، في وجوب الضمان على المتصرف فيه ، وفي وجوب الجميع عندي قوة .

بخلاف حمل الأكثر . وليس للمستعير أن يعير ولا أن يؤجر .

ولو أعار للغراس لم يكن له البناء وبالعكس - وله الزرع .

ولا يجب في العارية التعرض لجهة الانتفاع وإن تعددت ، فلو استعار الدابة ركب أو حمل ، ولو استعار أرضاً فله البناء أو الغراس أو الزرع ،

واعلم أن إطلاق التفاوت على مقدار أُجرة المأذون فيه غير ظاهر ، فان التفاوت هو ما به الافتراق بين الشيئين ، كما نبه عليه في القاموس[1] .

قوله : (بخلاف حمل الاكثر) .

أي : الأقرب عدم إسقاط التفاوت مع النهي ، بخلاف حمل الأكثر ، وقوله : (لا الاطلاق) معترض ، وتحقيقه : انه لو اذن له في حمل مقدار على الدابة ، فحمل أزيد منه ، ضمن أُجرة الزائد قولا واحداً ، لأن المأذون فيه داخل فيما حمله ، فلا تجب له أُجرة ، بخلاف النوع المخالف ، فان المأذون في زرعه غير داخل فيه .

قوله : (ولا يجب التعرض لجهة الانتفاع وإن تعددت) .

خلافاً لبعض الشافعية في المتعددة ، فانهم حكموا فيها بالبطلان[2] .

قوله : (ولو استعار الدابة ركب أو حمل ، ولو استعار الأرض فله البناء أو الغرس أو الزرع) .

هذا مع الاطلاق ، فانه يحمل على المنفعة المعتادة ، أما مع التعميم فيجوز له كل منفعة أُعدت العين لها ، ومع التخصيص الحكم على ما سبق .

---

(١) القاموس (فوت) ١ : ١٥٤ .

(٢) الوجيز ١ : ٢٠٤ .

وكذا لو قال : انتفع كيف شئت ، ولو استعار للزرع واطلق زرع مهما شاء .

الرابع : التنازع : فلو ادعى العارية ، والمالك الإجارة في الابتداء صدّق المستعير ، ولو انتفع جميع المدة أو بعضها احتمل تصديقه بيمينه ، لاتفاقهما على إباحة المنفعة ، والأصل براءة الذمة من الأُجرة وتصديق المالك بيمينه ، لأن الأصل مملوك له فكذا المنفعة ، فيحلف على نفي العارية ويثبت له الأقل من أُجرة المثل والمدعى .

ولا يخفى أنه إنما يجوز أن تحمل الدابة المعدة لذلك ، أما المعدة للركوب فقط فلا .

قوله : (وكذا لو قال : انتفع كيف شئت . . .) .

هذا من صور الاطلاق أيضاً .

قوله : (الرابع : التنازع ، فلو ادّعى العارية والمالك الاجارة في الابتداء صدّق المستعير) .

احترز بكون ذلك في الابتداء عما لو كان ذلك بعد مضي مدة لها أُجرة ، فانه لا يصدق المستعير بيمينه حينئذ كما سيأتي ، وإنما يصدّق في الابتداء بيمينه كما هو ظاهر ، ووجه تصديقه : أصالة البراءة من تعلّق الاجارة بذمته .

قوله : (ولو انتفع جميع المدة أو بعضها ، احتمل تصديقه بيمينه ، لاتفاقهما على إباحة المنفعة ، والأصل براءة الذمة من الأُجرة وتصديق المالك بيمينه ، لأن الأصل مملوك له فكذا المنفعة ، فيحلف على نفي العارية ، ويثبت له الأقل من الأُجرة والمدّعى) .

لو قال : ولو انتفع مدة لها أُجرة لكان أحسن ، إذا ليس هناك مدة مقررة ، ثم الأصل الذي ادّعاه في توجيه الاحتمال الأول غير ظاهر ، لأن الأصل براءة

ولـو ادعى المـالـك الغصب صـدّق مـع اليمين وتثبت لـه أجـرة

الذمة من خصوص ما ادّعاه المالك لا مطلقاً ، فانه قد علم استيفاؤه للمنفعة التي هي من توابع ملك المالك ، وقد علم كونها مملوكة له ، والأصل عدم خروجها عن ملكه مجانا .

واعلم أن سوق العبارة يقتضي الاكتفاء بيمين المالك على نفي العارية في ثبوت أقل الأمرين ، وليس بجيد ، لأن نفي العارية لا يقتضي نفي الاجارة ، وقد ادّعاها المالك ، فكيف يتعين عليه أخذ أقل الأمـرين؟ فلا بـد من يمين المستعير على نفي الاجارة ، فيتحالفان ويثبت أقل الأمرين من المدّعى وأُجرة المثل ، لانتفاء الزائد من المسمّى بيمين المستعير إن كان المسمّى أزيد .

وإن كانت أُجرة المثل أزيد من المسمى ، فالزائد منتف باقرار المالك ، وقد لحظ شيخنا الشهيد ذلك ، فقال : إن التحالف قضية كلام المصنف .

والحاصل أن القول بالتحالف هو المعتمد ، لأن كلاّ منهما مدّع ومدّعى عليـه ، واختـاره المصنف في المختلف[١] ، وهـو الـلائـح من كـلام ابن إدريس[٢] .

وقال الشيخ تارة بتقديم قول المستعير ، وتارة بالقرعة لأنه أمر مشكل[٣] ، وكل منهما ضعيف ، فانه مع وجود الدليل الدال على التحالف لا إشكال فيه .

قوله : (ولو ادّعى المالك الغصب صدّق مع اليمين) .

لأن الأصل عدم إباحة المنفعة ، ولا أصل في الطرف الآخر ، لاستيفاء المنفعة المملوكة للغير الناقل من الأصل ، وقال الشيخ : يقـدم قول مـدعي العارية لأصالة براءة ذمته[٤] ، وهو ضعيف .

---

(١) المختلف: ٤٤٧.

(٢) السرائر: ٢٦٢.

(٣) الخلاف ٢: ٩٦ مسألة ٣و٤ كتاب العارية، المبسوط ٣: ٥٠، ٢٦٦.

(٤) الخلاف٢: ٩٧ مسألة ٥ كتاب العارية، المبسوط ٣: ٥٢.

المثل . ولو ادعى استئجار الذهب وسوغناه بعد التلف ، وادعى المالك الإعارة فإن اتفقت الأجرة والقيمة أخذها المالك بغير يمين ، وإن زادت القيمة أخذها باليمين ، وقبل التلف للمالك الانتزاع باليمين ،

ثم إن كانت الدابة باقية ردّها ، وإن تلفت ، فان أوجبنا على الغاصب قيمته يوم التلف فلا بحث ، وإن أوجبنا أعلى القيم تحالفا ووجب هنا قيمته يوم التلف ، نبّه عليه في المختلف[1] .

قوله : (ولو ادّعى استئجار الذهب وسوغناه بعد التلف وادّعى المالك الاعارة ، فان اتفقت الأُجرة والقيمة أخذها المالك بغير يمين ، وإن زادت القيمة أخذها باليمين) .

الظرف في قوله : (بعد التلف) يتعلق بقوله : (ادعى) و(سوغناه) معترض بينهما ، وإنما ذكره لأن تسويغ استئجاره لم يسبق بيانه ، ووجه الحكم ظاهر ، لأنه مع اتفاق القيمة والأُجرة لا محصل للاختلاف ، لأن ذلك القدر لازم على كل من التقديرين ، أما مع زيادة القيمة فان المالك إذا حلف على نفي الاجارة انتفت ، فتكون العين حينئذ مضمونة على القابض ، فتجب قيمتها حيث تلفت .

قوله : (وقبل التلف للمالك الانتزاع باليمين) .

أي : ولو ادعى ذلك قبل تلف العين انتزعها المالك إذا حلف على نفي الاجارة ، ولا عوض للمنفعة المستوفاة ـ لإقراره بالعارية ـ وإن وجب على مدعي الاستئجار أُجرة مدة كون العين في يده بزعمه .

---

(١) المختلف: ٤٤٧ .

ويصدّق المستعير في ادعاء التلف لا الـرد ، وفي القيمة مـع التفريط أو التضمين على رأي ، وفي عدم التفريط .

فروع :

أ : ولد العارية المضمونة غير مضمون .

ب : مؤونة الرد على المستعير .

قوله : (ويصدق المستعير في ادّعاء التلف لا الرد) .

أما التلف فلأنه لولا ذلك لأمكن صدقه فيخلد حبسه ، وأما الرد فلأنه إنما قبض لمصلحة نفسه والأصل عدمه ، بخلاف المستودع لأنه محسن و(ما على المحسنين من سبيل)[1] ومن هذا يعلم أن الوكيل بجعل كالمستعير وتبرعاً كالمستودع .

قوله : (وفي القيمة مع التفريط أو التضمين على رأي)[2] .

لأنه لكونه غارماً منكراً للزائد ، فقال الشيخان[3] وجماعة[4] بتقديم قول المالك ، لانتفاء أمانة المستعير حينئذ ، وهو ضعيف ، لأن تقديم قولـه ليس لكونه أميناً ، بل لكونه منكراً .

قوله : (ولد العارية المضمونة غير مضمون) .

الإذن في إثبات اليد عليه بفحوى عارية الأم ، وليس داخلاً في العارية ، فلا فرق بين كونه منفصلاً أو حملاً ، ويجيء على قول الشيخ ـ أن الحمل جزء من الأم ـ ضمانهُ أيضاً ، لأنه جزء من مضمون ، وجزء المضمون مضمون .

قوله : (مؤنة الرد على المستعير) .

---

(١) التوبة : ٩ .

(٢) ذهب اليه ابن ادريس في السرائر : ٢٦٢ ، والمحقق في الشرائع ٢ : ١٧٥ .

(٣) المفيد في المقنعة : ٩٧ ، والطوسي في النهاية : ٤٣٨ .

(٤) منهم ابن حمزة في الوسيلة : ٣٢١ ، وسلار في المراسم : ١٩٤ .

ج : لو رد الى من جرت العادة بالقبض كالدابة الى سائسها لم يبرأ .

د : لو أعار المستعير فللمالك الرجوع بأجرة المثل على من شاء ، ويستقر الضمان على الثاني مطلقاً على اشكال ،

لأنه قبض لمصلحة نفسه ، ويجب ردّ الملك على مالكه عند الطلب أو انقضاء المدة ، لكن قد يقال : هذا ينافي ما سبق من عدم وجوب طمّ الحفر لو قلع الغرس المالك ، لأنه لم يرد الملك المستعار على المالك ، إلّا أن يقال : المراد ردّه على ما هو به ، وعلى ما ذكره فقد يستفاد أن للمالك إذا بذل الأرش إلزامه بالقلع ، وليس ببعيد .

لكن يشكل عليه ما لو استعار في بلد فسافر المالك إلى بلد آخر ، فيمكن أن يقال : الواجب الرد في بلد العارية ، لأنه الذي لزمه وقت تسليمها .

قوله : (لو ردّ إلى من جرت العادة بالقبض ، كالدابة إلى سائقها[1] لم يبرأ) .

لو قال : إلى من جرت العادة بقبضه إلى اخره ونحوه لكان أولى ، وخالف ابو حنيفة في ذلك ، فحكم بأنه يبرأ بذلك[2] ، وليس بشيء .

قوله : (لو أعار المستعير ، فللمالك الرجوع على من شاء ، ويستقر الضمان على الثاني مطلقاً على إشكال) .

أي : لو أعار المستعير العين ، فالمنفعة مضمونة على كل واحد منهما لكونهما غاصبين ، فللمالك الرجوع على من شاء منهما ، لكن قرار الضمان على الثاني لاستقرار التلف في يده مطلقاً ، أي : سواء كان الثاني عالماً بالحال

---

(١) في «ق» : سائسها.

(٢) بداية المجتهد٢ : ٣١٣.

وكذا العين .

هـ : لو أذن المالك في الإجارة أو الرهن لزمه الصبر الى انقضاء المـدة على اشكال ،

أو جاهلاً على إشكال في الجاهل ، ينشأ : من أنه المتلف ، ومن أنه إنما دخل مع معيره على استيفاء المنفعة مجاناً بغير عوض ، فكان مغروراً فتضعف مباشرته ، فيرجع على من غره ، وهو الأصح .

قوله : (وكذا العين) .

أي : وكذا ضمان العين لو تلفت على كل منهما ، فيتخير المالك في الرجوع ، وقرار الضمان على الثاني مطلقاً على إشكال في الجاهل ، ينشأ من نحو ما سبق ، والأصح أن الجاهل يرجع على من غرّه وهو الأول ، فيكون قرار الضمان عليه ، إلاّ أن تكون العارية مضمونة بالأصل أو بالتضمين ، فان قرار الضمان على الثاني حينئذ ، لأنه إنما دخل على ضمانها .

والحال في نقص[1] الأبعاض يعلم من هذا ، فكل موضع تكون الأبعاض مضمونة على المستعير ، فقرار الضمان فيها على الثاني وإن كان جاهلاً ، وكل موضع لا يكون نقص الأبعاض فيه مضموناً على المستعير ، فقرار الضمان فيه على الأول مع جهل الثاني .

قوله : (لو أذن المالك في الاجارة أو الرهن ، لزمه الصبر إلى انقضاء المدة على إشكال) .

أي : لو أذن المالك للمستعير أن يؤجر العين المستعارة لنفسه ، أو يرهنها على دين على المستعير ، لزمه الصبر إلى انقضاء المدة على إشكال ، ينشأ : من أن العارية جائزة ، ومن أن المأذون فيه عقد لازم ، فيفضي العارية هنا إلى

---

(١) في «م» و«ق» : بعض ، وما أثبتناه من مفتاح الكرامة ٦ : ٨٧ عن جامع المقاصد ، وهو الأنسب .

فتقـدر المدة في الإجـارة ، ويضمن المستعير في المضمونة دون المستأجر والمرتهن .

اللزوم كالاعارة للدفن ، وهو الأصح .

قوله : (فتقدر المدة في الاجارة) .

لأن مدة الاجارة تقبل الزيادة والنقصان ، والضرر بذلك يتفاوت تفاوتاً بيناً فلا تصح الاجارة حينئذ بدونه ، وقد سبق في الرهن حكم العارية .

قوله : (ويضمن المستعير في المضمونة) .

لأنه مستعير في جميع المدة ولا يضمن في غير المضمونة لكونه حينئذ أميناً .

قوله : (دون المستاجر والمرتهن) .

لأن يدهما يد أمانة .

• • •

المقصد الثالث: في اللقطة : وفيه فصول :

الأول: في اللقيط : وفيه مطلبان :

الأول : الملقوط : أما انسان ، أو حيوان ، أو غيرهما . ويسمى الأول : لقيطاً وملقوطاً ومنبوذاً ، وهو كل صبي ضائع لا كافل له وإن كان مميزاً ،

قوله : (المقصد الثالث: في اللقطة ، وفيه فصول : الأول في اللقيط ، وفيه مطلبان : الأول الملقوط إما انسان أو حيوان أو غيرهما ، ويسمّى الأول لقيطاً وملقوطاً ومنبوذاً) .

اللقيط بمعنى الملقوط ، لأن فعيلاً هنا بمعنى المفعول كجريح وطريح ، وإنما يسمّى ملقوطاً لأنه يلقط ، ويسمى منبوذاً لأن النبذ الرمي ، فلكونه قد رمي سمي بذلك .

قوله : (وهو كل صبي ضائع لا كافل له وإن كان مميزاً) .

الـ (كل) هذه هي الافرادية ، وكان عليه أن يدخل في التعريف المجنون ، لأنه بجنونه عاجز عن دفع ضروراته ، لأنه لا يهتدي إلى ذلك ، وقد ادخله شيخنا الشهيد في عبارة الدروس[1] .

وقوله بعدُ: (ولا يلتقط البالغ العاقل) يفهم منه أن المجنون يلتقط ، ويحمل قوله: (لا كافل له) على أن المراد به حالة الالتقاط ، لينتفي التدافع بينه وبين قوله : (فان كان له من يجبر على نفقته أُجبر على أخذه) .

ويجب أن يستثنى من المميز المراهق ، لأنه كالبالغ في حفظ نفسه ، فلا يجوز التقاطه .

---

(١) الدروس: ٢٩٧.

فإن كان له من يجبر على نفقته أُجبر على أخذه .

ولو تعاقب الالتقاط أُجبر الأول ، والتقاطه واجب على الكفاية .

ولا يجب الإشهاد ، ولا يلتقط البالغ العاقل .

ولو ازدحم ملتقطان قدّم السابق ،

قوله : (فان كان له من يجبر على نفقته أُجبر على أخذه) .

أي : من أب ونحوه .

قوله : (والتقاطه واجب على الكفاية) .

لوجوب حفظ نفسه عن التلف ، وبدون ذلك هو معرض له ، ولوجوب إطعام المضطر وإنقاذه من الغرق .

قوله : (ولا يجب الاشهاد) .

أي : عندنا ، خلافاً لبعض العامة[1] ، لأن الأصل البراءة ، نعم يستحب ، لأنه أصون وأحفظ وأقرب إلى حفظ نسبه وحريته ، فان اللقطة يشيع أمرها بالتعريف ، ولا تعريف في اللقيط

قوله : (ولا يلتقط البالغ العاقل) .

لأنه يمتنع بنفسه كالدابة الممتنعة ، ولامتناع ثبوت الولاية عليه ، ولو خيف عليه التلف في مهلكة وجب إنقاذه ، كما يجب إنقاذ الغريق ونحوه .

قوله : (ولو ازدحم ملتقطان قدم السابق) .

الإزدحام إن كان قبل أخذه ، وقال كل واحد منهما : أنا آخذه وأحضنه ، جعله الحاكم في يد من يراه منهما أو من غيرهما ، إذ لا حق لهما قبل الأخذ .

---

(١) المغني لابن قدامة٦: ٣٦٢.

فإن تساوياً ففي تقديم البلدي على القروي ، والقروي على البدوي ، والموسر على المعسر ، وظاهر العدالة على المستور نظر ،

وإن كان بعد الأخذ ، فان استويا في أخذه : بأن تناولا تناولاً واحداً دفعة واحدة وكانا أهلا للالتقاط معاً ، فكل منهما ملتقط ، وسيأتي حكم ذلك ان شاء الله تعالى .

وإنما اعتبرنا اهليتهما للالتقاط ، لأنه لو انتفت الأهلية عن أحدهما لكفره ـ وإن لم يكن اللقيط محكوماً باسلامه على تردد ـ أو فسقه وعدالة الآخر في وجه قوي ، أو حريته وكون الآخر عبداً لم يأذن له مولاه ، فالملتقط هو الآخر خاصة .

وإن تفاوتا في أخذه : بأن سبق أحدهما فأراد الآخر مزاحمته ـ وهو المراد من العبارة ـ فانه يمنع ، لأن الملتقط هو السابق ، ولا يثبت السبق بالوقوف على رأسه من غير أخذ ، وبه صرح في التذكرة[1] .

قوله : (فان تساويا ، ففي تقديم البلدي على القروي ، والقروي على البدويّ ، والموسر على المعسر ، وظاهر العدالة على المستور نظر) .

المراد بـ (ظاهر العدالة) من عرفت عدالته و(المستور) مقابله ، ومنشأ النظر : من أن كل واحد لو انفرد لجاز التقاطه ، وإلا فلا بحث في التقديم ، فاذا تساويا في إثبات اليد كان لكل حق . ومن أن الإلتقاط لمصلحة الصبي ، والبلدي أحفظ لنسبه وأقرب إلى وصول قريبه إليه .

ثم القروي والموسر أقوم بمصالحه من المعسر ، ومعلوم العدالة أوثق ، لإمكان فسق المستور ، وهذا إذا لم نقل باشتراط العدالة في الملتقط ، أما على الاشتراط كما يراه المصنف فلا وجه للنظر في هذا القسم حينئذ ، وسيأتي أن

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٧١ .

فإن تساويا أُقرع أو يشتركا في الحضانة .

الأحوط اشتراط العدالة ، فيكون الترجيح بهذا الاعتبار .

لا يقال : المستور لم يعلم فسقه والمانع هو الفسق ، ولأن المستور يدعي العدالة ولم يعلم ما ينافيها .

لأنا نقول : شرط الالتقاط العدالة ، ومع الجهل بها لم يتحقق الشرط فينتفي المشروط ، ولأن الحاكم بأرجحية أحدهما على الآخر أو تساويهما هو غيرهما لا محالة ، ومع جهل الغير بعدالة أحدهما كيف يحكم بالتساوي على القول باشتراط العدالة؟

نعم المستور إذا كان يعلم العدالة من نفسه واستقلّ بالالتقاط ، يجوز ذلك فيما بينه وبين الله تعالى .

وأما الباقون ، فالأصح عدم ترجيح أحدهم على مقابله ، لأن كلّا منهم أهل الالتقاط ، وتأثير واحد من الأوصاف المذكورة في الترجيح غير معلوم ، والأصل عدمه .

قوله : (فان تساويا أُقرع ، أو شركا في الحضانة) .

أي : فان تساوى الملتقطان وانتفى المرجح ـ إما باستوائهما في الصفات ، أو على القول بأن شيئاً من الصفات السابقة لا يرجح به ـ فقد ثبت الحق لهما ظاهراً ، باعتبار إثباتهما اليد على اللقيط باخذه ، فيحتمل التشريك بينهما في الحضانة جمعاً بين الحقين .

ويحتمل القرعة ، لأن في إثبات الحضانة لهما ـ بحيث يجتمعان عليها ـ مشقة عليهما وعلى الطفل ، لأن ذلك طريق إلى توزيع مصالحه ، وفي تناوبهما مع ذلك قطع الأُلفة ، وهو الأصح ، فيقرع بينهما ، فمن خرج اسمه كان هو المستحق ، وقد وقع في الكتاب العزيز ذكر القرعة في قوله تعالى : ﴿وما كنتَ

ولو ترك أحدهما للآخر صح ، سواء كانا موسرين أو أحدهما ، حاضرين أو أحدهما ، أو كان أحدهما كافراً مع كفر اللقيط ،

لديهم إذ يُلقون أقلامهم أيهم يكفل مريمَ﴾[1] .

إذا تقرر هذا ، فاعلم أن الظاهر أن المذكور في العبارة من القرعة أو التشريك احتمالان ، وإليه يرشد كلام التذكرة[2] والشرائع[3] والدروس[4] ، وكأن الشارحين[5] فهما أنه على طريق التخيير فلم يتعرضا إلى شرحه .

قوله : (ولو ترك أحدهما للآخر صح ، سواء كانا موسرين أو أحدهما ، حاضرين أو أحدهما ، أو كان أحدهما كافراً مع كفر اللقيط) .

أي : لو ترك أحد الملتقطين دفعه للآخر اللقيط صح مطلقاً وإن تفاوتا في اليسار والاعسار وغيرهما مما ذكر ، وفي هذه العبارة مناقشة ، لأنه قد تردد في ترجيح الموسر على المعسر ، والحاضر على غيره .

فعلى احتمال الترجيح كيف يسوغ ترك الموسر للمعسر ، والحاضر لغيره؟ نعم على احتمال التساوي قد يستقيم ذلك . هذا باعتبار نظم العبارة .

وكذا في إطلاق الحكم الذي ذكره نظر ، فان ترك أحدهما للاخر يجوز قبل القرعة أو على القول بالتشريك ، أما على الأول فلأن الحق حينئذ لم يتعين لواحد ، وأما على الثاني فلأن ترك أحدهما أقرب إلى صلاح أحوال الطفل ، أما بعد القرعة فلا يجوز ، لتعيّن الحضانة على من خرج اسمه ، وقد صرح بذلك المصنف في التذكرة[6] .

---

(١) آل عمران : ٤٤ .

(٢) التذكرة ٢ : ٢٧١ .

(٣) الشرائع ٣ : ٢٨٧ .

(٤) الدروس : ٢٩٧ .

(٥) ايضاح الفوائد ٢ : ١٣٦ .

(٦) التذكرة ٢ : ٢٧١ .

ولا يحكم لأحدهما بوصف العلائم .

ولو تداعيا بنوته ولا بينة أُقرع ، ولا ترجيح بالالتقاط إذ اليد لا تؤثر في النسب ، وكذا لو أقاما بينة ، ويحكم للمختص بها .

واعلم أن قوله : (أو كان أحدهما كافراً مع كفر اللقيط) يقتضي أن المسلم لا يرجّح على الكافر إذا استويا في الالتقاط وكان اللقيط محكوماً بكفره ، وفيه نظر ، لأن كل مولود يولد على الفطرة ، ولتربية المسلم أثر بيّن في صيرورته مسلماً ، فلا يبعد ترجيحه .

قوله : (ولا يحكم لأحدهما بوصف العلائم) .

أي : لا يحكم لأحد المتنازعين في الالتقاط بوصف علائم الصبي ، مثل الخال في رأسه ونحو ذلك ، لأنه لا أثر لذلك في إثبات الولاية ونفيها ، كما لا أثر له في إثبات النسب ونفيه لو تنازع اثنان بنوته ووصف أحدهما العلائم ، خلافاً لأبي حنيفة في النسب[1] .

قوله : (ولو تداعيا بنوته ولا بينة أُقرع) .

لو قال: ولو تداعيا اثنان بنوته لكان أولى، لأنه حينئذ لا يكون الحكم مقصوراً على الملتقطين .

قوله : (ولا ترجيح بالالتقاط ، إذ اليد لا تؤثر في النسب) .

على أصح الوجهين ، واستشكل الحكم في كتاب القضاء .

قوله : (وكذا لو أقاما بينة) .

أي : وكذا يقرع لو أقاما بينة ، أي : لو أقام كل منهما بينة ببنوته وتعارضتا ، فانه لا بدّ من القرعة عندنا .

---

(١) بدايع الصنايع ٦: ١٩٩ .

وفي ترجيح دعوى المسلم أو الحر على دعوى الكافر أو العبد نظر . ولو انفردت دعوى البنوة حكم بها من غير بينة ، حراً كان المدعي للبنوة أو عبداً ، مسلماً أو كافراً ، ولا يحكم برقه ولا كفره اذا وجد في دارنا إلّا مع بينة البنوة .

قوله : (وفي ترجيح دعوى المسلم أو الحر على الكافر أو العبد نظر) .

ينشأ : من عموم الأدلة الدالة على جواز ادعاء النسب لكل منهم ، ومن قوة جانب المسلم والحر ، إذ الأصل في اللقيط الاسلام والحرية ، والظاهر عدم الترجيح ، سواء كان الالتقاط في دار الاسلام أو في دار الكفر .

قوله : (ولا يحكم برقه ولا كفره إذا وجد في دارنا ، إلا مع بينة البنوة) .

إذا شهدت البينة ببنوته لكافر فوجهان ، أحدهم : الثبوت ، لأن تبعية الدار ضعيفة . والثاني : العدم ، لأن بنوته للكافر لا تنافي إسلامه ، لإمكان إسلام أُمه أوجدّه على القول بتبعيته .

وفي هذا الحكم عندي تفصيل : فان القائل بذلك[1] إن أراد أنه إذا عُلمت أُمومة الكافر له بالبينة أيضا ، وكذا علم كفر أجداده كذلك يكون كافراً ـ لضعف الاسلام بتبعية الدار ـ فهو صحيح لامرية فيه ، وإن كان مراده ثبوت كفره وإن لم يثبت ذلك فليس بجيد ، لأن إسلامه الثابت بتبعية الدار لا ينافيه كفر أبيه ، فلا ينتفي ما ثبت بمجرد الاحتمال .

وكذا القول في الرقية إذا ادّعاه رقيق وأقام بذلك بينة ، أما لو لم يقم بواحد من الأمرين بينة فهو على إسلامه وحريته وإن أثبتنا النسب على أصح

---

(١) أي : ثبوت كفره مع البينة .

والأقرب افتقار الأم الى البينة أو التصديق بعد بلوغه .

ولو كان اللقيط مملوكاً وجب ايصاله الى مالكه ، فإن أبق أو ضاع من غير تفريط فلا ضمان ، ويصدّق في عدم التفريط مع اليمين ، ويبيعه في النفقة بالإذن مع تعذر استيفائها ،

القولين ، لأن الالحاق بمجرد قول الأب لا يجب قبوله في حق الولد فيما يكون ضرراً له .

قوله : (والأقرب افتقار الأم إلى البينة أو التصديق بعد بلوغه) .

وجه القرب : عموم البينة على المدعي[1] ، خرج من ذلك الأب بالاجماع ، فيبقى ما عداه على الأصل ، وقال الشيخ : تقبل دعواها كالاب[2] ، وهو ضعيف .

قوله : (ويبيعه في النفقة بالاذن مع تعذر استيفائها) .

إذا انفق الملتقط على اللقيط بالاذن المعتبر شرعاً ، وهو ما به يخرج عن التبرع ، وتعذراستيفائها ـ إما لعدم الوصول إلى المالك وعدم الظفر بماله ، أو لكون المالك لا مال له سوى العبد ـ فان للملتقط أن يبيعه في النفقة ، لكن بالاذن من المالك مع إمكانه ، فان تعذر أو لم يأذن فباذن الحاكم ، ولو تعذر فهو كالدين الذي امتنع من هو عليه من أدائه .

فقول المصنف : (بالاذن) قد ينازعه كل من قوله : (يبيعه) وقوله : (في النفقة) ولو حملت العبارة على أن المراد : أن الملتقط يبيع العبد للانفاق عليه إذا تعذر تحصيل ما ينفق عليه منه ، لوجب أن ينزل علي بيعه شيئاً فشيئاً إلى أن يستوعبه .

---

(١) الكافي ٧: ٤١٥ حديث ١،٢، التهذيب ٦: ٢٢٩ حديث ٥٥٣، ٥٥٤، سنن البيهقي ١٠: ٢٥٢.

(٢) المبسوط ٣: ٣٥٠.

فإن اعترف المولى بعتقه فالوجه القبول ، فيرجع الملتقط عليه بما انفق إن كان العتق بعده قبل البيع .

لكن على هذا التقدير لا يمكن بيعه كله للانفاق عليه ، إذ الجزء الأخير يمتنع بيعه للانفاق عليه من ثمنه ، لأنه حينئذ مال شخص آخر ، فكيف ينفق عليه من مال الأول؟ فان نزل على أداء النفقة الواقعة بالاذن ، رجع إلى ما قلناه .

قوله : (فإن اعترف المولى بعتقه فالوجه القبول) .

أي : فان اعترف المولى بعتق العبد اللقيط ، وقد حصل الانفاق عليه واستحق الملتقط بيعه في النفقة بشرائطه ، فالوجه القبول ، لأن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز .

ويحتمل عدمه لتعلق حق الغير به ، وفيه ضعف ، لأن حق الغير لم يتعلق به بل بذمة مولاه ، واستحقاق بيعه إنما هو على تقدير رقيته ، كما تباع سائر أموال المديون لاستيفاء ما عليه ، ولا حجر عليه في الاقرار كما هو ظاهر وعليه الفتوى ، ولا يخفى أن هذا دليل على أن المراد بيعه بعد الانفاق ، فينتفي الاحتمال السابق المذكور ثانياً .

قوله : (فيرجع الملتقط عليه بما أنفق إن كان العتق بعده قبل البيع)

أي : إذا كان الوجه قبول إقرار المولى بعتقه ، فيرجع الملتقط المنفق بالاذن على المولى بما أنفق ، إن كان العتق بعد الانفاق وقبل البيع ، لأنه إن كان العتق قبل الانفاق كان الانفاق على حر ، فالرجوع عليه ، وإن كان العتق بعد البيع فلا أثر له ، لصيرورته ملكاً لثالث .

ولا يخفى أن هذا القيد الاخير مستدرك ، لأن العتق بعد البيع لا يتصور ولا يعدّ عتقاً ، ولو قال بدل العتق : إن كان الاعتراف بعد الانفاق قبل البيع ، لكان أولى وأوجه ، لأنه على التقدير الأول لا يعلم من العبارة وقت قبول

ولو كان بالغاً أو مراهقاً فالأقرب المنع من أخذه ؛ لأنه كالضالة الممتنعة ، وإن كان صغيراً كان له التملك بعد التعريف .

وولاية الالتقاط لكل حر بالغ عاقل مسلم عدل ، فلا يصح التقاط العبد ، فإن أذن المولى صح وانتقل الحكم اليه ، ولا المكاتب ،

الاعتراف وعدم قبوله .

وتوضيحه حينئذ : إن احتمال عدم القبول إنما يجيء على تقدير كون الاعتراف بعد الانفاق ، أما قبله فيقبل قطعاً ، وكذا يشترط كونه قبل البيع ، إذ هو بعده إقرار في حق الغير ، فلا يقبل بدون البينة وإن أسنده إلى ما قبل البيع .

ولو أقر بعد الانفاق : إني كنت قد أعتقته قبل الانفاق ، فالظاهر عدم القبول ، لاستلزامه إسقاط النفقة التي قد ثبت تعلقها بذمته وإثباتها في ذمة اللقيط ، فلابد من تصديق كل من الملتقط واللقيط ، أو البينة .

قوله : (ولو كان بالغاً أو مراهقاً ، فالأقرب المنع من أخذه ،لأنه كالضالة الممتنعة) .

ويحتمل الجواز ، لأنه مال ضائع ، والحق أنه إن كان مخوف التلف أُخذ ، والفرق بينه وبين الحر ظاهر ، فان المملوك لكونه مالاً مظنة الطمع .

قوله : (وإن كان صغيراً ، كان له التملك بعد التعريف) .

سواء كان ذكراً أو أُنثى ، لأنه مال ضائع قد التقطه شرعاً ، وكل ما كان كذلك جاز تملكه بعد تعريفه ، والتعريف الواجب هو ما سيأتي في الأموال ان شاء الله تعالى .

قوله : (وولاية الالتقاط لكل حر بالغ عاقل مسلم عدل ، فلا يصح التقاط العبد ـ فان أذن المولى صح وانتقل الحكم إليه ـ ولا المكاتب) .

لا ريب أن العبد لكونه لا يقدر على شيء لا عبرة بالتقاطه ، فان منافعه

ولا حكم لالتقاط الصبي ولا المجنون بل ينتزع من يديهما .

لسيده ، فان أذن له في الالتقاط أو علم به فأقرّه في يده ، جاز وكان السيد في الحقيقة هو الملتقط والعبد نائبه ، وإذا أذن له السيد فالتقط لم يكن له الرجوع في ذلك .

ولو لم يوجد سوى العبد وخيف على الطفل التلف بالابقاء ، وجب على العبد التقاطه وإن لم يأذن المولى ، كذا قال في الدروس[١] والتحرير[٢] .

وعندي في كون هذا لقطة حقيقة نظر ، لانتفاء الأهلية ، وإنما هو إنقاذ للغير من الهلاك ، فان رضي المولى بفعل العبد فهو لقطة من الآن ، وإلا فهو منبوذ يجب التقاطه على الكفاية .

والمكاتب وإن تحرر بعضه ، والمدبّر وأم الولد ، وسائر من تحرر بعضه في ذلك كالقن ، لأنه ليس لواحد منهم التبرع بماله ولا بمنافعه إلا باذن السيد ، كذا قال في التذكرة[٣] .

ولا يخفى أن من تحرر بعضه له التبرع بمقدار ما فيه من الحرية ، نعم ليس له الحضانة ، لأنه يلزم منه التصرف بحق المولى ، ولو هاياه مولاه بقدر زمان الحضانة فكذلك ، لإمكان رجوعه عن المهاياة ، فيضيع حال الطفل .

قوله : (ولا حكم لالتقاط الصبي والمجنون ، بل ينتزع من يديهما)

يفهم من عبارة التذكرة أن الذي ينتزع اللقيط الحاكم ، فانه قال : ولو كان الجنون يعتوره أدواراً أخذه الحاكم من عنده ، كما يأخذه لو التقطه المجنون المطبق أو الصبي[٤] .

---

(١) الدروس : ٢٩٨ .
(٢) التحرير ٢ : ١٢٣ .
(٣) التذكرة ٢ : ٢٥٥ .
(٤) التذكرة ٢ : ٢٧٠ .

ولا يصح التقاط الكافر للمسلم ويصح لمثله ، ولا الفاسق ، لأن الحضانة استئمان فلا تليق به .

وهل يكون لالتقاط أحدهما اعتبار أولوية بحيث يستحق التملك بعد التعريف سنة كسائر الاموال[1] .

قوله : (ولا يصح التقاط الكافر للمسلم ويصح لمثله) .

أما الأول فلأنه يمتنع ثبوت سبيل الكافر على المسلم ، ولأنه لا يؤمن من أن يفتنه عن دينه ، فان التقطه لم يقرّ في يده .

وأما الثاني فلقوله تعالى : ﴿والّذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾[2] فيكون هذا مستثنى من اشتراط العدالة عند المصنف .

قوله : (ولا الفاسق ، لأن الحضانة استئمان فلا تليق به) .

ولأنه لا يؤمن من أن يسترقه ويأخذ ماله ، وجوّز صاحب الشرائع التقاطه ومنع من انتزاعه منه[3] للأصل ، والمسلم محل الأمانة ، على أن هذا ليس استئمانا حقيقياً ، ولانتقاضه بالكافر في التقاطه الكافر ، ولا ريب أن اشتراط العدالة أحوط . نعم لو كان له مال فالاشتراط قوي ، لأن الخيانة في المال لشدة لصوق المطامع به أمر راجح الوقوع .

أما من ظاهر حاله الأمانة ولم يختبر حاله فانه لا ينتزع من يده ، لأن ظاهر المسلم العدالة ولم يوجد ما ينافي هذا الظاهر .

قال في التذكرة : لكن يوكّل الامام من يراقبه من حيث لا يدري لئلّا

---

(١) كذا في «م» و«ق» والحجري .

(٢) الأنفال : ٨٣ .

(٣) الشرائع ٣ : ٢٨٤ .

والأقرب ثبوت الولاية للمبذّر ، والبدوي ، ومنشىء السفر .

يتأذى ، فاذا حصلت للحاكم الثقة به صار كمعلوم العدالة[1] ، فإن أراد وجوب ذلك أشكل تمكينه منه .

قال : وقيل ذلك لو أراد السفر به منع وانتزع منه، لأنه لا يؤمن أن يسترقه[2] . وهذا يمكن أن يكون بناء على اشتراط العدالة، ويحتمل أنا لو لم نقل بالاشتراط لوجب القول بها هنا ، لشدة الحاجة حينئذ .

قوله : (والأقرب ثبوت الولاية للمبذر والبدويّ ومنشىء السفر) .

وجه القرب : أنه لا مانع إلاّ التبذير وعدم الاستيطان والسفر ، وليس واحد من هذه صالحاً للمانعية .

أما التبذير فانه مانع من التصرف في المال ، والحضانة قد لا تستلزم التصرف فيه ، وكونه مولياً عليه إنما هو باعتبار ذلك لا مطلقا ، وكذا عدم الاستيطان لا ينافي الحضانة ، كما لا ينافيها السفر .

ويحتمل المنع ، أما في المبذر : فلأن الشرع أسقط ولايته وأثبت عليه الولاية لغيره ، وجوابه : أنه أسقط ولايته بالنسبة إلى المال خاصة لا بالنسبة إلى الحضانة ، والالتقاط يقتضي الحضانة فقط .

ويشكل : بأن الحضانة تستدعي الانفاق ، وهو ممتنع من المبذر ، وجعل الولاية فيه لآخر يستدعي الضرر على الطفل بتوزيع أُموره ، وأيضا فان الولاية عليه أمر واحد فلا تتجزأ ، فتثبت مطلقاً أو تنتفي مطلقاً ، ولا يخلو هذا من قوة ، وهو مختار المصنف في التذكرة[3] وشيخنا في الدروس[4] .

وأما البدويّ : فلأن التقاطه يؤدي إلى ضياع نسبه ، وهو قول الشيخ في

(١ و ٢) التذكرة ٢ : ٢٧١ .

(٣) التذكرة ٢ : ٢٧١ .

(٤) الدروس : ٢٩٨ .

ويجب على الملتقط الحضانة ، فإن عجز سلّمه الى القاضي .
وهل له ذلك مع التبرّم والقدرة ؟ نظر ينشأ : من شروعه في فرض كفاية فلزمه .

المبسوط[١] ، ويضعف : بعدم علم مانعيته وعدم انضباط الأحوال ، فربما كان ذلك سبب ظهور نسبه ، والأصح الجواز .

ومنه يظهر وجه احتمال المنع في منشىء السفر ، والمعتمد الجواز فيه أيضاً ، والمراد بمنشىء السفر : من ابتدأ به أو قرب منه جداً ، بحيث صار بمنزلة المسافر .

قوله : (ويجب على الملتقط الحضانة) .

المراد بوجوب ذلك عليه : وجوب صدوره عنه ، ولو بالاستعانة بالغير بحيث يقوم عليه ، ولا يجب عليه التبرع بما يستدعي من ذلك أُجرة عادة ، كالارضاع وغسل ثيابه وبذل ما يحتاج إليه الانفاق عليه من المال ، وبهذا ينحل كلامه هنا وفي التذكرة ، فانه قال فيها : الواجب على الملتقط حفظه وتربيته دون نفقته وحضانته[٢] . قال في الدروس : يجب حضانته بالمعروف ، وهو القيام بتعهده على وجه المصلحة ، بنفسه أو زوجته أو غيرهما[٣] .

قوله : (فان عجز سلمه إلى القاضي) .

لأنه ولي من لا ولي له ﴿ولا يكلّف الله نفساً إلاّ وسعها﴾[٤] .

قوله : (وهل له ذلك مع التبرم والقدرة؟ إشكال ، ينشأ : من شروعه في فرض كفاية فلزمه) .

---

(١) المبسوط٣ : ٣٤١ .
(٢) التذكرة٢ : ٢٧١ .
(٣) الدروس : ٢٩٨ .
(٤) البقرة٢ : ٢٨٦ .

والأقرب أن له السفر به والاستيطان به في غير بلد الالتقاط ، فلا يجب انتزاعه منه حينئذ . ونفقته في ماله وهو ما وقف على اللقطاء ، أو وهب منهم ، أو أُوصي لهم ويقبله القاضي ،

لقوله تعالى : ﴿ولا تبطلوا أعمالكم﴾[1] ولأنه استحق الولاية بالأخذ ، ولهذا يقدم به على غيره ، فيجب عليه القيام بمقتضاها . ويحتمل جواز دفعه إلى القاضي ، لأنه ولي الضائع ويضعّف : بأنه ولي عام ، فولايته على من لا ولي له ، والملتقط وليّ خاص .

وفي التذكرة بنى الحكم في ذلك على أن الشروع في فروض الكفايات هل يوجب إتمامها وتعينها على الشارع أم لا؟ واختار جواز التسليم إليه[2] ، والأصح العدم .

قوله : (والأقرب أنّ له السفر به والاستيطان به في غير بلد الالتقاط . . .) .

وجه القرب : أنه وليّ ، فيجوز له ما يجوز لغيره من الأولياء ، ولأن الأصل عدم الحجر عليه في ذلك ، ولأن المنع ربما يؤدي إلى ضرر الطفل . ويحتمل المنع ، لأن ذلك يفضي إلى ضياع نسبه ، فانه إنما يطلب في موضع الالتقاط .

ويضعف : بأنه ربما كان السفر به محصلاً لنسبه ، والأصح أنه إذا كان الملتقط عدلاً ظاهراً وباطناً جاز له السفر به ، ولو كان عدلاً ظاهراً خاصة لم يجز ، لأنه لا يؤمن أن يسترقه ، وهو خيرة المبسوط[3] .

قوله : (ونفقته في ماله ، وهو ما وقف على اللقطاء ، أو وهب منهم ، أو أُوصي لهم ، ويقبله القاضي . . .) .

---

(١) محمد (ص): ٤٧ .

(٢) التذكرة ٢ : ٢٧١ .

(٣) المبسوط ٣: ٣٤٥.

أو ما يده عليه عند الالتقاط كالملفوف عليه ، والمشدود في ثوبه ، والموضوع تحته ، والدابة تحته ،

لا ريب أنه لا يجب على الملتقط النفقة على اللقيط من مال نفسه ، بل ينفق عليه من مال اللقيط ، وماله أنواع : منها ما وقف على اللقطاء ، أي : على هذا الصنف ، كالموقوف على الفقراء ونحو ذلك ، وهو ظاهر . ومنها الموهوب منهم ، أي : من اللقطاء . ويقبل الهبة لهم الحاكم كما يقبل الوقف ، إن قلنا باشتراط القبول في مثل ذلك ، فعلى هذا تصح الهبة للصنف كما يصح الوقف عليهم ، ونقله المصنف في التذكرة عن بعض الشافعية ، وذكر أنه قد اعترض عليه : بأن الهبة لا تصح على غير معين ـ ثم قال في جوابه ـ وقال آخرون : يجوز أن ينزل الجهة العامة منزلة المسجد ، حتى يجوز تمليكها ، كما يجوز الوقف عليها ، وحينئذ يقبله القاضي ، وليس بشيء[1] . هذا كلامه ، وما ذكره حق .

فكلامه هنا إن أراد به جواز الهبة للجهة فليس بجيد ، ومختار التذكرة هو المعتمد وإن أراد به الهبة لمعينين من اللقطاء ومن جملتهم لقيط مخصوص،فلا شبهة في الحكم ، لكن المتبادر من العبارة غير هذا .

ولا يخفى أن الوصية كالوقف وقول المصنف : (ويقبله القاضي) يعود إلى كل من الهبة والوصية ، وكذا الوقف على القول باشتراط القبول في هذا النوع منه .

واعلم : أنه لا ينفق عليه من ماله إلاّ بعد استئذان الحاكم ، لأنه لا ولاية له على ماله ، وإنما له الحضانة ، فان استقل بالانفاق منه ضمن ، وسيأتي التصريح بذلك في كلام المصنف .

قوله : (أو ما يده عليه عند الالتقاط ، كالملفوف عليه ،والمشدود على ثوبه ، والموضوع تحته ، والدابة تحته) .

---

(١) التذكرة٢ : ٢٧٢

والخيمة والفسطاط الموجود فيهما ، والدار التي لا مالك لها ، وما في هذه الثلاثة من الأقمشة .

ولا يحكم له بما يوجد قريباً منه ، أو بين يديه ، أو على دكة هو عليها ، ولا بالكنز تحته

فان اليد في كل واحد من هذه حقيقية ، وهي دالة على الملك ، ومثله ما لو غطي به كاللحاف ، والظاهر أن قوله : (عند الالتقاط) مستدرك ، بل مضرّ ، فان ما كانت يده عليه قبل الالتقاط ثم زالت بعارض ـ كطائر أفلت من يده ومتاع سقط ـ محكوم بكونه له .

قوله : (والخيمة والفسطاط الموجود فيهما) .

بجر الصفة ، أعني : (الموجود) لأنها صفة لـ (الخيمة) و(الفسطاط) بالسببية ، و(الفسطاط) : بيت من شعر ، ولا ريب أن اليد في كل شيء بحسب حال ذلك الشيء ، والخيمة والفسطاط بيتان ، فالكون تحتهما وضع لليد عليهما .

قوله : (التي لا مالك لها) .

هي صفة لكل من (الدار) و(الخيمة) و(الفسطاط) ويحتمل عوده إلى جميع ما ذكر ، من قوله : (كالملفوف . . .) لأن ما علم أن له مالكاً غيره لا عبرة بيده عليه .

قوله : (وما في هذه الثلاثة من الأقمشة) .

تخصيص الثلاثة بالذكر ، يشعر بأن التي لا مالك لها صفة للجميع لا للثلاثة ، وإلّا لكان ذكر الثلاثة مستدركاً ، ووجهه : أنه إذا كانت يده على البيت فيده على ما فيه ، فيكون له .

قوله : (ولا بالكنز تحته) .

وإن كان معه رقعة أنه له على اشكال ، فإن لم يكن له مال استعان الملتقط بالسلطان ، فإن تعذر استعان بالمسلمين ،

اذ لا يد لمن جلس على أرض مباحة مدفون فيها كنز بالنسبة إلى الكنز قطعاً، أما لو كان الكنز في بيت مملوك له باعتبار كون يده عليه، فان يده عليه، فيكون مملوكاً له.

قوله : (وإن كان معه رقعة أنه له على إشكال) .

أي : لا يحكم له بشيء من المذكورات وإن كان معه رقعة مكتوب فيها : أن ذلك الشيء له ، على إشكال ، ينشأ : من انتفاء اليد وأسباب الملك وإمكان تزوير الخط وانتفاء حجته ، ومن أنه أمارة .

والأصح أنه إن أثمرت الكتابة ظناً قوياً ـ كالصك الذي تشهد القرائن بصحته ، خصوصاً إن عرف فيه خط من يوثق به ـ عمل بها ، فانا نجوّز العمل في الأُمور الدينية بخط الفقيه إذا امن تزويره ، وإنما يثمر الظنّ القويّ .

هذا إذا لم يكن معارض من يد أُخرى ، ولا دعوى مدع ، ولا قرينة اخرى تشهد بخلاف ذلك ، وإلاّ فلا .

ولا يخفى أنه إذا تحقق ما شرطناه ، لا يشترط في الحكم كون الرقعة معه ، بل لو كانت في المتاع أو كان مكتوباً عليه لا تفاوت ، وإن كانت عبارة الكتاب قاصرة .

قوله : (فان لم يكن له مال استعان الملتقط بالسلطان) .

وجوباً إن لم يتبرع هو ولم يجد من يتبرع ،وإلا جاز له الاقتصار على الانفاق من ذلك المتبرع به .

قوله : (فان تعذر استعان بالمسلمين) .

أي : فان تعذر ذلك ـ وهو الاستعانة بالسلطان ، إما لعدم إمكان الوصول

ويجب عليهم بذل النفقة على الكفاية، فإن تعذّر انفق الملتقط، فإن نوى الرجوع رجع وإلاّ فلا .

إليه ، أو لكونه لا مال عنده ، أو لأن ما عنده يجب صرفه فيما هو أضر من ذلك ـ وجب عليه الاستعانة بالمسلمين ، إن كان لا يتبرع ولا يجد متبرعاً كما سبق .

قوله : (ويجب عليهم بذل النفقة على الكفاية) .

إما تبرعاً أو قرضاً ، كما صرح به في التذكرة[1] ، وهو ظاهر ، فان الواجب على الكفاية رفع حاجة المحتاج لا التبرع .

فان قيل : لما كان الملتقط من جملة من يتعلق به هذا الواجب الكفائي ، لم يحتج إلى ترتب الوجوب على المسلمين أولاً ، ومع التعذر فيجب عليه ، بل لا يصح ذلك ، لتعلق الوجوب به بعد تعذر الاستعانة بالسلطان .

قلنا : لا كلام في تعلق الوجوب به في الجملة مع المسلمين ، لكن لما لم يجب عليه التبرع كما لا يجب على المسلمين ، وقد يرجى وجود متبرع أو متصدق ، لم يجز له الإنفاق على قصد الرجوع قبل اليأس من المتبرع .

قوله : (فان تعذر أنفق الملتقط) .

ينبغي أن يراد : أنه إذا تعذرت إعانة المسلمين تبرعاً ، لأنهم إذا بذلوا النفقة قرضاً ، لم يكن بينهم وبين الملتقط فرق بالنسبة إلى مصلحة اللقيط ، فلا وجه لتوقف إنفاقه قرضا .

قوله : (فان نوى الرجوع رجع ، وإلاّ فلا) .

خلافاً لابن إدريس ، فانه قال : لا يرجع مع نية الرجوع لتبرعه[2] ، وهو ضعيف ، فانه مأذون في ذلك شرعاً .

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٧٣ .

(٢) السرائر: ١٨٠ .

ولو ترك الاستعانة مع امكانها فلا رجوع .

ولو ظهر رقه رجع مع عدم التبرع على سيده ، وعليه مع الحرية إن كان موسراً أو كسوباً ، وإلا فمن سهم الفقراء أو الغارمين .

نعم لا بد من نية الرجوع ، وظاهر كلامه في التذكرة[1] اعتبار الاشهاد مع ذلك ، فلا يرجع بدونه ، وهو مخالف لما سبق مثله في الوديعة ، والظاهر العدم . . هذا إذا تعذر عليه استئذان الحاكم ، وإلاّ تعين .

قوله : (ولو ترك الاستعانة مع إمكانها فلا رجوع) .

إذا كانت الاعانة تبرعاً ، فلو قطع بانتفاء التبرع، فلا مانع من الرجوع .

قوله : (ولو ظهر رقه رجع مع عدم التبرع على سيده) .

ظاهر العبارة أن التفصيل السابق آت هنا ، وهو مقتضى إطلاق كلامهم ، ويحتمل إلحاق المملوك الملتقط بالوديعة ، فمتى لم يجد مالاً للمالك وتعذر استئذان المالك والحاكم ، أنفق ونوى الرجوع ولا حاجة إلى الإستعانة بالمسلمين .

قوله : (وعليه مع الحرية إن كان موسرا أو كسوبا) .

هذا إذا اكتسب وفضل من كسبه عن مؤنته المستثناة في الدين شيء ، فان الاكتساب للدين غير واجب كما سبق .

قوله : (وإلاّ فمن سهم الفقراء أو الغارمين) .

أي : ويرجع عليه إن لم يكن موسراً ولا كسوباً من سهم الفقراء والغارمين من الزكاة ، مخيراً في الامرين ، لتحقق كل من الوصفين فيه .

---

(١) التذكرة٢ : ٢٧٣ .

وليس للملتقط الإنفاق من مال اللقيط بدون اذن الحاكم ، فإن بادر بدونه ضمن إلاّ مع التعذر ، ولا يفتقر في احتفاظه الى الإذن .

ولو اختلفا في قدر الإنفاق قدّم قول الملتقط مع اليمين في قدر المعروف ،

ويشكل : بأن الرجوع عليه يفهم منه ثبوت ذلك جزماً ، ولا يستقيم ذلك في سهم الفقراء ، لأن قبض الفقير الزكاة مما يتوقف عليه الملك ، وهو نوع اكتساب ، فلا يجب لما قلناه ، ويبعد جواز أخذ المنفق ذلك بدون قبض اللقيط ، لتوقف ملكه له على قبضه . نعم يتصور ذلك في سهم الغارمين ، لأن صيرورته ملكاً للمديون غير شرط ، فيجوز الدفع إلى صاحب الدين وإن لم يقبضه المديون .

ولو حملت العبارة على أن المراد كون الرجوع منوطاً باختيار اللقيط ـ مع أنه خلاف المتبادر ـ لم يستقم ذلك بالنسبة إلى سهم الغارمين كما حققناه .

ولا يخفى أن هذا الحكم إنما هو بعد بلوغه ، أما قبله فلا يمكن الرجوع عليه ، نعم يمكن الأخذ من ماله باذن الحاكم ومن سهم الغارمين .

قوله : (ولا يفتقر في احتفاظه إلى الاذن) .

قد ينافي هذا ظاهر قوله في التذكرة : لا ولاية له على ماله ، وإنما له حق الحضانة إلى اخره[1] .

ويمكن أن يقال : إن المنفي ولاية التصرف لا ولاية الحفظ .

قوله : (ولو اختلفا في قدر الانفاق ، قدّم قول الملتقط مع يمينه في قدر المعروف) .

لأن الظاهر يساعد الملتقط ولم يلتفتوا إلى أن الأصل العدم فيما زاد على

---

(١) التذكرة٢ : ٢٧٣ .

وكذا في أصل الإنفاق وإن كان للملقوط مال .

المطلب الثاني: في الأحكام : وهي أربعة :

الأول : النسب : فإن استلحقه الملتقط أو غيره أُلحق به ، ولا يلتفت الى انكاره بعد بلوغه ، وإن استلحق بالغاً فانكر لم يثبت .

قدر الضرورة ، فيقدم قول اللقيط في نفي الزائد ، أما ما زاد على قدر المعروف فلا يلتفت إليه في دعواه ، لأنه إن صح كان مفرطاً ، ولا يحلف إلاّ أن يدعي الحاجة وينكرها اللقيط .

نعم لو وقع النزاع في عين مال أنه أنفقها صدّق باليمين ، لتنقطع المطالبة بالعين ، ثم يضمن كالغاصب إذا ادّعى التلف .

قوله : (وكذا في أصل الانفاق وإن كان للملقوط مال) .

أي : وكذا يقدّم قول الملتقط في قدر الانفاق بالمعروف ، لو اختلفا في أصل الانفاق ، لما قلناه من الظاهر ، ولا يقدح في ذلك وجود مال الملقوط ، لأنه لا يسوغ له التصرف في ماله إلاّ باذن الحاكم ، ولأن الموجود لا يتصور كونه المنفق ، والأصل عدم غيره .

قوله : (المطلب الثاني في الأحكام ، وهي أربعة : الأول النسب ، فإن استلحقه الملتقط أو غيره أُلحق به) .

للاجماع على أن استلحاق الرجل الصغير يقتضي لحاقه به ، ولا فرق بين كونه ذكراً أو أنثى ، إلاّ أن يستلحق مملوك الغير ، فلا يثبت بمجرده ، للإضرار بالمالك ، فلا بد من البينة .

قوله : (ولا يلتفت إلى أنكاره بعد بلوغه) .

لثبوت النسب شرعاً ، فلا يزول بالانكار اللاحق .

قوله : (وإن استلحق بالغاً فأنكر لم يثبت) .

الثاني : الإسلام : وإنما يحصل بالإستقلال بمباشرة البالغ العاقل دون الصبي وإن كان مميزاً ، لكن يفرّق بينه وبين أبويه خوف الاستنزال ، وغير المميز والمجنون لا يتصور اسلامهما إلاّ بالتبعية ، وهي تحصل بأمور ثلاثة :

أ : اسلام أحد الأبوين ، فكل من انفصل من مسلم أو مسلمة فهو مسلم ،

هذه مذكورة بالاستطراد ، ويكون المراد : استلحاق اللقيط بعد بلوغه .

قوله : (الثاني : الإسلام ، وإنما يحصل بالاستقلال بمباشرة البالغ العاقل ، دون الصبي وإن كان مميزاً) .

لأنه غير مكلّف ، فلا يكون إقراره بالشهادتين معتداً به ، وكذا المجنون .

قوله : (لكن يفرق بينه وبين أبويه خوف الاستنزال) .

أي : وجوبا ، والاستنزال مصدر استنزله عن كذا أي : طلب نزوله عنه ، والمراد : إنزال والديه الكافرين له عما أظهره من كلمتي الشهادة ، وفي بعض النسخ خوف الاستزال ، وهو مصدر استزلّه عن كذا أي : أزله ، وللشيخ قول بانه يحكم بأسلامه إذا بلغ عشراً[1] ، وهو ضعيف .

قوله : (وغير المميز والمجنون لا يتصور إسلامهما إلاّ بالتبعيّة) .

لا يخفى أن المميز أيضاً كذلك ، لكن إظهار الشهادتين منه يؤثر وجوب التفريق بينه وبين أبويه ، بخلاف من لا تميّز له ، لأنه بمنزلة سائر الحيوانات .

قوله : (وهي تحصل بأُمور ثلاثة : الأول إسلام أحد الأبوين ، وكل من انفصل من مسلم أو مسلمة فهو مسلم) .

---

(١) الخلاف٢ : ١٤١ مسألة ٢٠ كتاب اللقطة.

. . . .

انفصال النطفة من مسلم موجب للاسلام قطعاً ، حتى أنه لو بلغ الولد فأظهر الكفر كان مرتداً ، لأنه جزء من مسلم حقيقة .

أما انفصال الولد من مسلمة ، فانه إن كان تجدد إسلامها بعد العلوق مع كفر الأب ، تكون تبعية الولد لها في الاسلام مسبوقة بتبعيته في الكفر ، فلذلك قيل بعدم الحكم لو بلغ فأظهر الكفر ، لسبق كفره على الحكم باسلامه[١] ، فهو مرتد عن ملة تقبل توبته .

ومثله : ما لو تجدد إسلام الأب بعد العلوق والأم كافرة ، وهو مختار المصنف في التذكرة[٢] ، وعدم الفرق لا يخلو من قوة ، والذي حكاه شيخنا في الدروس[٣] أن الخلاف في كونه مرتداً ، فحينئذ يكون القول الآخر أنه كافر أصلي ، فتكون في المسألة ثلاثة أقوال[٤] ، وقد صرح المصنف في التذكرة بذلك[٥] ، وعدم الفرق هو الذي يرشد إليه إطلاق عبارة الكتاب .

ووجهه : أن الاسلام يعلو[٦] ، ولأن كل مولود يولد على الفطرة[٧] ، ولرواية الصدوق عن علي عليه السلام : « إذا أسلم الأب جرّ الولد إلى الاسلام ، فمن أدرك من ولده دعي إلى الاسلام ، فان أبى قتل »[٨] قال في الدروس : وهو نص في الباب .

---

(١) التذكرة٢ : ٢٧٤ .

(٢) الدروس: ٢٩٩ .

(٣) قال السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٦ : ١١١ : قد عرفت ان القول الثالث لم يذهب اليه أحد منا، وانما هو احتمال للشافعية فلا يناسب عده قولا .

(٤) التذكرة ٢ : ٢٧٤ .

(٥) الفقيه ٤ : ٢٤٣ حديث ٧٧٨ .

(٦) عوالي اللآلي١ : ٣٥ حديث ١٨ .

(٧) الفقيه٣ : ٩٢ حديث ٣٤٣ .

(٨) الدروس: ٢٩٩ .

ولو طرأ اسلام أحد الأبوين حكم بالإسلام في الحال ، وكذا أحد الأجداد والجدات وإن كان الأقرب حياً على اشكال .

ب : تبعية السابي المسلم على رأي إن سبي منفرداً ،

قوله : (ولو طرأ إسلام أحد الأبوين حكم بالاسلام في الحال ، وكذا أحد الأجداد والجدات) .

لأن الأب يتبع الجد ويكون أصلاً له ، فيكون أصلاً للطفل بطريق أولى ، فان من بلغ مجنوناً يحكم باسلامه إذا كان أبوه مسلماً ، فولد المجنون يحكم باسلامه لذلك ، ولأن الاسلام للتغليب ، فيكفي أدنى سبب .

قوله : (وان كان الاقرب حياً على إشكال) .

ينشأ : من أن سبب التبعية القرابة وأنها لا تختلف بحياة الأب وموته ـ كسقوط القصاص وحدّ القذف ـ ومن انتفاء ولاية الحضانة للجدين مع الأبوين .

ويضعف هذا : بأن أحقية الأبوين لا تنافي ثبوت التبعية للجدين ، مع ثبوت الولاية والأولوية للجد في النكاح عندنا ، والأصح عدم الفرق بين حياة الأب وموته .

قوله : (تبعية السابي المسلم على رأي إن سبي منفرداً) .

هذا قول الشيخ في المبسوط[1] ، لأن السبي أبطل حريته ، فتبطل تبعية الأبوة ، وتبعية الدار هنا منتفية ، والاسلام على التغليب ، ولا طريق إليه إلّا بتبعية السابي .

ويضعف : بأن تبعية الأبوين ثابتة شرعاً مقطوع بها ، ولا دليل على التبعية

---

(١) المبسوط ٣: ٣٤٢.

ولو كان معه أحدأبويه الكافرين لم يحكم باسلامه ، ولو سباه الذمي لم يحكم باسلامه وإن باعه من مسلم .

ج : تبعية الدار ، وهي المراد هنا فيحكم باسلام كل لقيط في دار الإسلام ، إلّا أن يملكها الكفار ولم يوجد فيها مسلم واحد فيحكم بكفره ،

للسابي ، نعم يحكم بطهارته شرعا[1] خاصة ، تبعا للسابي دفعاً للحرج ، إذ لا بدّ من مباشرته واستخدامه ، وهو الذي استقرّ عليه رأي المصنف .

قوله : (ولو كان معه أحد أبويه الكافرين لم يحكم بإسلامه) .

لأن تبعيته للسابي حيث ينقطع عن أبويه ، فاما إذا سبيا معه أو أحدهما ، فان التبعية لهما هي الأصل فيقدم .

قوله : (ولو سباه الذمي لم يحكم باسلامه وإن باعه من مسلم) .

لأن الذمي لا يتبع في الاسلام إذ لا حظّ له في الاسلام ، وبعض الشافعية[2] حكم باسلامه بذلك ، لأن الذمي من أهل دار الاسلام . وبيعه بعد ذلك من مسلم لا يقتضي الحكم باسلامه ، لأن تملك المسلم طرأ عليه وهو كافر ، وإنما تحصل التبعية في الابتداء .

قوله : (الثالث تبعية الدار وهي المراد) .

أي : الأمر الثالث مما به تحصل التبعية في الاسلام : تبعية الدار ، وهذا القسم هو المراد في اللقطة ، إذ لا معنى لتبعية الأبوين والسابي في إسلام اللقيط .

قوله : (فيحكم باسلام كل لقيط في دار الاسلام ، إلا أن يملكها الكفار ولم يوجد فيها مسلم واحد ، فيحكم بكفره) .

---

(١) لفظ (شرعا) لم يرد في «م» وأثبتناه من «ق».

(٢) الوجيز١ : ٢٥٦ ، المجموع ١٥ : ٣١٧.

ويكفر كل لقيط في دار الحرب ، إلّا إذا كان فيها مسلم ساكن ولو واحد تاجر أو أسير ، فإن بلغ وأعرب عن نفسه الكفر ففي الحكم بردته تردد

المراد بـ (دار الاسلام) في عبارته : دار خطها المسلمون كبغداد والكوفة والبصرة ، أو دار فتحها المسلمون كمدائن والشام ـ فيحكم باسلام لقيطها ـ والدار التي كانت للمسلمين ثم غلب عليها الكفار ، كطَرَسُوس[1] وبعض سواحل البحر في بلاد الشام .

والذي في الدروس : أن دار الاسلام ما ينفذ فيها حكم الاسلام ولا يكون بها كافر إلّا معاهداً[2] . وهو أضبط من الذي ذكره المصنف ، ولا ريب أن التي غلب عليها الكفار لا يحكم فيها باسلام اللقيط ، إلّا إذا كان فيها مسلم ساكن[3] يمكن تولده عنه ، فان لم يكن حكم بكفره .

قوله : (ويكفر كل لقيط في دار الحرب ، إلّا إذا كان فيها مسلم ساكن ولو واحد ، تاجر أو أسير) .

أي : ويحكم بكفر كل لقيط في دار الحرب ، إلّا إذا كان فيها مسلم ساكن بها ، ولو أنه واحد وهو تاجر أو أسير ونحوهما ، بشرط أن يمكن تولده عنه عادة ، ولا يكفي المارة من المسلمين ، إذ لا تبعية في وقت السكون لانتفاء التقدم ، [ومثله ما][4] اذا تجدد خروجه قبل الالتقاط لانتفاء المقتضي للتبعية ، وهو وجوده حينئذ .

قوله : (فإن بلغ وأعرب عن نفسه الكفر ، ففي الحكم بردته تردد ،

---

(١) بفتح اوله وثانيه : مدينة بثغور الشام بين انطاكية وحلب وبلاد الروم ، وهي من ثغور المسلمين معجم البلدان ٤ : ٢٨ .

(٢) الدروس : ٢٩٩ .

(٣) كلمة (ساكن) لم ترد في «م» ووردت في «ق» .

(٤) لم ترد في «م» ، وفي «ق» : وإلّا ، وما أثبتناه من مفتاح الكرامة ٦ : ١١٥ وهو الصواب .

ينشأ : من ضعف تبعية الدار .

الثالث : الجناية : وعاقلة اللقيط الإمام اذا فقد النسب ولم يتوال أحداً دون الملتقط ، فإن جنى عمداً اقتص منه ، وخطأً يعقله الإمام ، وشبيه العمد في ماله ، وإن قتل عمداً فللإمام القصاص، وخطأ الدية .

ولو جنى على طرفه فالأقرب مع صغره جواز استيفاء القصاص أو الدية له ،

ينشأ : من ضعف تبعية الدار) .

أي : لو أظهر أنه كافر بعد بلوغه ، ومنشأ التردد : مما ذكره ، ومن سبق الحكم باسلامه ، ولا يبعد الحكم بردته ، لسبق الحكم بطهارته وإجراء أحكام أولاد المسلمين عليه ، ولأن الاسلام هو الأصل ، لان كل مولود يولد على الفطرة[1] ، وإظهاره الكفر بعد بلوغه لا ينافي إسلامه السابق ، وهذا قويّ .

نعم لو علم كفر آبائه وأظهر الكفر بعد بلوغه ، فليس بمرتد قطعا .

قوله : (وعاقلة اللقيط الامام ـ إذا فقد النسب ولم يتوال أحداً ـ دون الملتقط) .

أي : وعاقلة اللقيط الامام دون الملتقط ، وما بينهما اعتراض ، ولا يخفى أن موالاته أحداً إنما تعتبر بعد بلوغه .

قوله : (ولو جنى على طرفه ، فالأقرب مع صغره جواز اسيفاء القصاص أو الدية) .

وجه القرب : أن القصاص ثابت ، فيجوز للولي استيفاؤه أو أخذ الدية ، مراعياً للمصلحة في ذلك . ويحتمل العدم، لأن التشفي مطلوب، ويكل واحد من الأمرين يفوت . والأصح أنه إذا اقتضت المصلحة أحد الأمرين عمل الولي

---

(١) عوالي اللآلي١ : ٣٥ حديث ١٨ .

ولا يتولى الملتقط ذلك بل الحاكم .

ولو أخذ الحاكم الأرش في العمد فبلغ وطلب القصاص فاشكال ينشأ : من أن أخذ المال للحيلولة أو لإسقاط القصاص .

بمقتضاها ، فانه ربما خشي فوات الأمرين .

وهذا إنما هو في الصغير ، أما المجنون ، فان الولي يعتمد في أمره المصلحة جزماً ، والفرق : أن للصبي غاية تنتظر وهو البلوغ ، بخلاف المجنون ، فانه لا غاية لزوال جنونه ، والتأخير إلى غاية غير معلومة تفويت .

قوله : (ولا يتولى الملتقط ذلك بل الحاكم) .

لأن الملتقط لا ولاية له على اللقيط سوى الحضانة .

قوله : (ولو أخذ الحاكم الأرش في العمد ، فبلغ وطلب القصاص فاشكال ، ينشأ : من أن أخذ المال للحيلولة أو لإسقاط القصاص) .

هذا تفريع على الأقرب ، وهو جواز كل من الأمرين : القصاص والدية للحاكم بحسب المصلحة ، والمراد بالأرش هو الدية ، ولا يخفى ضعف هذا الاشكال ، لأن الحيلولة هي تعذر الحق من جانب من هو عليه ، وهذا المعنى منتف هنا ، والمأخوذ برأي الحاكم ومقتضى المصلحة إنما هو في الدية ، ومع أخذها كيف يبقى القصاص .

وبعد تحرير محل النزاع يسقط هذا الاشكال ، بأن يقال : أخذ المال إن كان بغير رضى الجاني في العمد ، فهو ممنوع منه لا أثر له ويبقى الحكم كما كان ، ولا دية ولا حيلولة هنا ، لأن الواجب هو القصاص خاصة دون المال .

وإن كان برضاه ، فانما يكون عوضاً عن القصاص ، لأنه الفرض ، فان المفروض أنه لم يدفعه هبة وتبرعاً ، فان صح أخْذه عوضاً وجب الحكم بسقوط القصاص ، وإلاّ لم يحل أخذ المال ، وحيث حكمنا بأنه يجوز أخذه عوضاً مع

الرابع : الحرية : فإن لم يدع أحد رقيته فالأصل الحرية ، ونحكم بها في كل ما لا يلزم غيره شيئاً فنملّكه المال ، ونغرّم من أتلف عليه شيئاً ، وميراثه لبيت المال .

المصلحة وجب القول بسقوط القصاص ، وهذا هو الأصح .

قوله : (فإن لم يدّع أحد رقه فالأصل الحرية) .

لأن الرقية إنما تثبت بالكفر الأصلي والسبي ، والأصل عدم هذا الوصف ، ولأن كلّ إنسان ينتهي في الولادة إلى آدم عليه السلام ، فتستصحب الحرية إلى أن يثبت خلافها .

قوله : (ويحكم بها في كل ما لا يلزم غيره شيئاً ، فيملكه المال ويغرم من أتلف عليه شيئاً) .

الحكم بحريته جرياً على الأصل مع الخلو عن المعارض لا شبهة فيه ، فيحكم بملكه المال إذ لا مانع ، فيجب إجراؤه على الأصل ، ولو أتلف عليه متلف شيئاً من المال حكمنا بتغريمه ، لأن الإتلاف يقتضي الضمان ، أما مع المعارض ـ وهو ما إذا اقتضى إلزام غيره شيئاً ـ فسيأتي حكمه .

فان قيل : التغريم يقتضي إلزام غيره شيئاً ، فكيف حكم به؟

قلنا : المراد إلزام غيره شيئاً لا يلزم على تقدير الرقية كالقصاص ، أما تغريم المال فانه ثابت على كل تقدير .

قوله : (وميراثه لبيت المال) .

هكذا قال الشيخان[١] ، وحمله ابن إدريس على بيت مال الامام[٢] ،

---

(١) المفيد في المقنعة: ٩٩، والطوسي في النهاية: ٦٨١، والخلاف٢: ١٤١ مسألة ٢١ كتاب اللقطة.

(٢) السرائر: ١٨٠ .

وإن قتله عبد قتل ، وإن قتله حر فالأقرب سقوط القَود ؛ للشبهة واحتمال الرق ، فحينئذ تجب الدية أو أقل الأمرين منها ومن القيمة على إشكال .

وعن المفيد التصريح بأنه لبيت مال المسلمين[1] ، وقال الشيخ : ولاؤه للمسلمين[2] ، وما ذكره ابن ادريس هو المتجه ، لأنه من جملة من لا وارث له .

قوله : (وإن قتله حر ، فالأقرب سقوط القود،للشبهةواحتمال الرقية).

إذا قتل اللقيطَ حر ، فاما أن يكون عمداً أو خطأ ، فان كان عمداً ، فالأقرب عند المصنف سقوط القود للشبهة ، حيث أنه لا يقطع بثبوت الحرية لاحتمال الرقية ، فقول المصنف : (واحتمال الرقية) عطف تفسيري لـ (الشبهة) ومتى شك في شرط القصاص انتفى[3] ولأن فارط الدماء لا يستدرك ، فيجب فيها رعاية الإحتياط .

ويحتمل الثبوت ، للحكم بحريته ظاهراً ، ولإجراء باقي أحكام الحرية ، مثل مبايعته ومناكحته ، فيجب إجراء الجميع أو منع الجميع ، لأن الشرط واحد .

قوله : (فحينئذ تجب الدية ، أو أقل الأمرين منها ومن القيمة على اشكال) .

أي : فحين حكمنا بسقوط القود للشبهة ، تجب الدية أو أقل الأمرين منها ومن القيمة على إشكال فيهما ، ينشأ : من أنه حرٌ في نظر الشارع ، وقد حكمنا بسقوط القود للشبهة ، فيجب الانتقال إلى الدية كملاً . ومن الشك فيها وفي

---

(١) المقنعة : ٩٩.

(٢) قاله في الخلاف ٢ : ١٧٤ مسألة ١٣٩ كتاب الفرائض.

(٣) في «ق»: ومتى شك في الحرية شك في القصاص.

. . . .

الرقية ، فيجب أقل الأمرين ، لأنه المتيقن والزائد مشكوك فيه للشك في سببه .

ولقائل أن يقول : إن الواقع لا يخلو من رقيته وحريته ، فلابدّ من أحدهما ، وعلى أي تقدير كان ، فلا يكون الواجب واحداً من الأمرين المذكورين ، لأنه إن كان حراً فالواجب القصاص لا الدية ، والاحتياط المذكور معارض باحتياط مثله ، فان الجاني ربما رضي بالقصاص ولم يرض بالدية ، فقهره عليها إلزام له بما لم يثبت عليه ، فيكون باطلاً .

وإن كان رقاً ، فالواجب هو القيمة لا الدية ، فيبطل احتمال كون الواجب هو الدية على كل من التقديرين اللذين انحصر الواقع فيهما ، وكذا يمتنع كون الواجب هو أقل الأمرين مطلقاً على [كل من تقديري][1] الحرية والرقية ،على أنه يؤدي إلى إسقاط حق معلوم الثبوت قطعاً ، وذلك إذا قطع منه طرفان : أحدهما أكثر قيمة ، والآخر أكثر دية ، وحيث بطلت اللوازم كلها تعين الحكم بالقصاص .

ويؤيده : أنا نحكم بجواز مناكحته ، مع أن الفروج مبنية على الاحتياط التام ، وتمضي جميع تصرفاته استناداً إلى الحكم بحريته ، ولأن كل من كان ظاهره الحرية يحكم له بالقصاص ، مع أنه قد يتطرق الاحتمال إليه .

والذي ينساق اليه النظر : الحكم بالقصاص ، لأنه أسلم من ارتكاب مالا يدل عليه دليل ، ولو ظهر خلافه فهو بيت المال ، لأنه من خطأ الحكام. هذا كلّه إذا كانت الجناية عمداً ، ولو كانت خطأ ، فعلى ما اختاره المصنف يحتمل الدية وأقل الأمرين ، والأصح الأول .

---

(١) في «م»: كل تقدير، وفي «ق»: تلك التقديرين، وما أثبتناه من مفتاح الكرامة٦: ١١٨ عن جامع المقاصد، وهو الأنسب.

وإن ادعى رقه لم يقبل من غير صاحب اليد ، ولا منها اذا استندت الى الالتقاط ، وإن استندت الى غيره حكم ظاهراً على اشكال ،

قوله : (وإن ادّعي رقّه لم تقبل من غير صاحب اليد ، ولا منها إذا استندت إلى الالتقاط ، فان استندت إلى غيره حكم ظاهراً على إشكال) .

أي : إن ادّعى مدّع رقه ، فالفعل مبني للمجهول أو للمعلوم ، ومرجع الضمير ما سبق في قوله : (فان لم يدع أحد رقه) . أي : وإن ادّعى أحد رقه ، فلا يخلو إما أن يكون المدعي لا يد له أو يكون له يد ، ففي الأول لا تقبل دعواه بدون البينة ، وفي الثاني لا يخلو إما أن تكون اليد مستندة إلى الالتقاط ، أو إلى غيره :

ففي الأول لا عبرة بها ، للعلم بأن سببها الالتقاط الذي لا يفيد الملك ، والأصل الحرية ، فلا تسمع دعواه الرقية بغير حجة ، وليس ذلك كدعوى المال الذي التقطه ، لأنه ملك على كل تقدير ، فليس في دعواه تغيّر له عن صفته .

وإن كانت مستندة إلى غير الالتقاط ، فانه يحكم بها ظاهراً على إشكال ، ينشأ : من أن ظاهر اليد الملك ، ومن أن هذا في غير من ثبتت حريته ظاهراً ، واللقيط محكوم بحريته ظاهراً ، قال الشيخ في المبسوط : يحكم له بشهادة اليد مع اليمين[1] .

واعلم أن في تصوير هذه المسألة خفاء ، فان ثبوت يد أُخرى مع يد الالتقاط لا يكاد يتصور ، فأن اللقيط من لا يد عليه ، فمتى كان لآخر يد عليه فليس بلقيط .

ثم أنه إذا كان لشخص على آخر يد وسلطنة ، يكون محكوماً بكونه رقاً له

---

(١) المبسوط ٣ : ٣٥٢.

فإن بلغ وانكر ففي زوال الرق اشكال .

من غير إشكال ، فأي وجه لهذا الاشكال؟

وينبغي تنزيل العبارة على ما ذكره الشارح عميد الدين : من أن الملتقط إذا ادّعي رقه واسند اليد عليه إلى غير الالتقاط ، كأن قال : هذا عبدي وكان لي عليه يد ثم ضلّ فالتقطته ، فيتجه حينئذ الاشكال ، وإن كان خلاف المتبادر من قوله : (استندت) لأنه يقتضي الاستناد في الواقع ، فكان حقه أن يقول : فان استند إلى غيره .

ومنشؤه : من أن اليد ثابتة ، وقد أسندها إلى ما يقتضي الملك ، فلا يتوقف الحكم بدلالتها على الملك على العلم بسببها ، ومن أن الالتقاط هو السبب المعلوم ، والأصل عدم غيره ، فتحال اليد عليه ، وهو دال على الحرية ، فيحتاج الملك إلى حجة ، وليس هو كاليد التي لم يقارنها وصف الالتقاط ، لانتفاء المنافي معها ، فيقضي فيها بالملك ، وللتردد في ذلك مجال .

ولا يخفى أن قوله : (ولا منها إذا استندت . . .) لا يخلو من مناقشة لأن المراد عود الضمير إلى (غير صاحب اليد) فكان حقه التذكير .

قوله : (فإن بلغ وأنكر ، ففي زوال الرق إشكال) .

أي : بناء على الحكم بالرقية ظاهراً في المسألة السابقة ، لو بلغ اللقيط فأنكرها ، ففي زوال الرق الذي ثبت ظاهراً إشكال ، ينشأ : من ثبوته ، فلا ينتفي إلا بحجة شرعية . ومن أن الأصل الحرية ، وثبوت الرق ظاهراً لانتفاء المنازع ، وقد تحقق المنازع الآن ، فلا يحكم بغير بينة أو تصديقه ، وهذا الاشكال فرع على الحكم بالرقية ظاهراً في المسألة السابقة ، كما نبهنا عليه ، لامتناع الرقية مع الحكم بالحرية وعدم الالتفات إلى الدعوى .

وعلى ذلك التقدير فلا يخفى ضعف الاشكال ، لأنه إذا حكم برقه لليد لا

ولو أقام بينة حكم بها ، سواء أطلقت أو استندت الى سبب كإرث أو شراء ، ولو شهدت بأنه ولد مملوكته فإشكال ينشأ : من أنها قد تلد حراً .

ولو بلغ وأقر بالعبودية حكم عليه إن جهلت حريته ولم يقر بها أولاً ، ولو أقر أولاً بالحرية ثم بالعبودية فالأقرب القبول .

يلتفت إلى إنكاره بعد بلوغه ، كما في سائر نظائره .

قوله : (ولو أقام بينة حكم بها ، سواء اطلقت أو استندت إلى سبب كارث أو شراء) .

تقبل في الحالين لشهادتها بالملك، ولا يتوقف قبولها على الاستناد إلى سبب ، والإطلاق ضد الاستناد إلى سبب ، ولو قال : إذا اسندت لكان أولى كما لا يخفى .

قوله : (ولو شهدت بأنه ولد مملوكته فاشكال ، ينشأ : من أنها قد تلد حراً) .

ومن أنه نماء مملوكته والأصل تبعيته لها ، والأصح العدم ، لأنها شهادة بالأعم من الدعوى ، فلا يثبت بها ، وقد رجع المصنف في كتاب القضاء عن هذا الاشكال إلى الجزم بعدم القبول .

قوله : (ولو بلغ فأقر بالعبودية حكم عليه إن جهلت حريته ، ولم يقرّ بها أولاً) .

قطعاً ، لعموم : « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز »[1] ، وينبغي أن يقيد بما إذا لم يستلزم الاقرار ضياع حق آخر أو إلزامه بحق .

قوله : (ولو أقر أولاً بالحرية ثم بالعبودية ، فالأقرب القبول) .

وجه القرب : عموم نفوذ إقرار العقلاء على أنفسهم، وقال الشيخ : لا

---

(١) عوالي اللآلي ٢ : ٢٥٧ حديث ٥ .

ولو أقر بالعبودية أولاً لواحد فأنكر فأقر به لغيره فاشكال ينشأ : من الحكم بحريته برد الأول اقراره ، ومن عموم قبول اقرار العاقل .

ولو سبق منه تصرف ، فإن اقيم بيّنة على الرق جعلت التصرفات كأنها صدرت من عبد غير مأذون .

ولو عرف رقّه باقراره لم يقبل فيما يضر بالغير ، فيستمر النكاح لو كانت امرأة ، ويثبت للسيد أقل الأمرين من المسمّى ومهر المثل ، والأولاد

يقبل ، لأنا حكمنا بحريته وألزمناه أحكامها من الحج والجهاد وغيرهما[1] ويرده : أن ذلك يقتضي عدم قبول إقرار من ظاهره الحرية ، لوجوب ذلك عليه ، وهو معلوم البطلان .

ولايخفى أن إقراره بالحرية لايقتضي كونه حرّاً في نفس الأمر، وربّما كان الحال غير معلوم عنده ثم تجدد العلم به، وإنّما يقبل إقراره فيما لايضر بغيره.

قوله: (ولو أقرّ بالعبودية أولاً لواحد، فأنكر فأقرّ لغيره فاشكال، ينشأ من الحكم بحريته برد الأول إقراره، ومن عموم قبول إقرار العاقل).

والأصح الثاني، لأنّ ردّ الأول لايقتضي حريته، إنما يقتضي كون الرقية التي أقرّ بها ليست له، ولهذا لو رجع عن الانكار إلى الاقرار قبل، وربّما لم يكن عالماً بالحال أو كان غالطاً أو تعمّد الكذب، ولايمنع شيء من ذلك قبول إقراره الثاني.

قوله: (فيستمر النّكاح لو كانت امرأة).

أي : لو كانت الملقوطة امرأة وأقرت بعد النكاح بالرقية ولم تقم بينة فان النكاح يستمر ، إذ لا يسمع إقرارها فيما يضر بالزوج .

قوله: (ويثبت للسيّد أقل الأمرين من المسمّى ومهر المثل).

لأنّه إن كان المسمّى أقل، فالزيادة التي مستندها مجرّد أقرارها لاتجب، وإن

---

(١) المبسوط ٢: ٣٥٢.

احرار ، وعدتها ثلاثة اقراء ، وفي الوفاة بأربعة أشهر وعشرة أيام .

ولو قذفه قاذف وادعى رقه ، وادعى هو الحرية تقابل أصلاً براءة الذمة والحرية فيثبت التعزير .

كان مهر المثل أقل، لم يحل[1] للسيّد المطالبة بالزائد، لأنّ الواجب على تقدير ملكه إياها هو مهر المثل.

وهل يجب على الزوج بذل الزيادة؟ وجهان أحدهما العدم ، لاتفاق الزوجة والسيد على عدم استحقاقها ، وهو قريب . هذا إذا لم يكن قد سلم الزوج المهر إليها ، فان كان قد سلّمه لم يكن للسيد المطالبة ، لما تقرر من عدم سماع إقرارها فيما يضرّ بالغير .

قوله : (وعدّتها ثلاثة أقراء).

سواء كانت رجعية أو بائنة، حائلاً أو حاملاً، لأنّ الحامل تعتد بأبعد الأجلين، لأنّ قصرها يقتضي سقوط حق المطلق، لأنّه في الرجعية يستحق الرّجعة إلى آخر عدّة الحرّة، وفي البائن يحرم على الغير التصريح لها بالخطبة لحقّه دونه، فانّه يجوز له التصريح في بعض أقسام العدّة البائنة، ولايستثنى من ذلك المطلّقة الحامل البائنة إذا قلنا أنّ النفقة لها، وكذا من جرى مجراها، لأنّ الزّائد من النّفقة يسقط باقرارها وتصديق السيّد، فيبقى حقّه بغير معارض.

قوله : (وفي الوفاة بأربعة أشهر وعشرة أيّام).

لأنّ الحداد واجب وهو حقّ للزّوج، ولأنّ في تعجيل النّكاح إضرار بالورثة، لأنّهم يتألّمون بذلك. وتحتمل عدّة الأمة، لأنّه لاحقّ للزّوج في عدّة الوفاة، بل هي لمحض حقّ الله تعالى، بخلاف عدّة الطّلاق، لأنّها لحفظ مائه.

قوله :(ولو قذفه قاذف وادّعى رقه وادّعى هو الحرية ، تقابل أصلا براءة الذمة والحرية ، فيثبت التعزير) .

---

(١) في «ق»: لم يجز.

ولو قطع حر يده تقابلا أيضاً ، لكن الأقرب هنا القصاص ؛ لأن العدول الى القيمة مشكوك فيه أيضاً ، بخلاف التعزير المعدول اليه فإنه متيقن ،

هذا رجوع إلى أصل الباب، أي لو قذف اللّقيط قاذف وادّعى رقه وادعى هو الحرية، ثبت التعزير لتساقط الأصلين، فيرجع إلى المتيقّن، وهذا أحد القولين، والاخر ثبوت الحدّ.

والتقابل الذي إدّعاه غير واضح، فانّ أصل براءة الذّمة قد تحقق الانتقال عنه باشتغالها بعقوبة قذف من حكم بحريته وجرت أحكام الأحرار عليه، وهو الأصح.

قوله: (ولو قطع حرّ يده تقابلا أيضاً، لكن الأقرب هنا القصاص، لأنّ العدول إلى القيمة مشكوك فيه أيضاً، بخلاف التعزير المعدول إليه، فانّه متيقّن).

أي: لو قطع حرّ يد اللّقيط المحكوم بحرّيته تقابل الأصلان هنا أيضاً، لكن الأقرب هنا ثبوت القصاص.

لايقال الحكمان متنافيان، لأنّ تقابل الأصلين في المسألة الأولى والثانية قائم فالحكم بالتعزير هناك لاحتمال الرقية، وبالقصاص هنا الذي لايثبت إلاّ على تقدير الحريّة مما لايجتمعان، لأنّا نقول:

المانع من أخذ الدّية في الثانية قائم، لأنه إنّما يثبت على تقدير الرقية، وهي مشكوك فيها، والعدول من مشكوك فيه إلى مشكوك فيه باطل، فتعين الأخذ بما دلّ عليه المرجّح، وهو أصالة الحريّة، بخلاف التعزير، فانّه ثابت على كل من تقديري الحريّة والرقية، والمشكوك ـ وهو الزّائد ـ يسقط ويؤتى بالمعلوم، وإلى هذا الجواب أشار بقوله (لأنّ العدول إلى القيمة مشكوك فيه أيضاً...).

ويشكل ماذكره من الفرق، فانّ التعزير غير واجب على تقدير الحريّة، بل الواجب قدره في ضمن الحدّ، والتعزير هو ذلك القدر المخصوص دون مازاد، فالعدول إليه أيضاً عدول إلى مشكوك فيه، ثم أنّه ينتقض بما ذكره سابقاً في الجناية

ولا ولاية للملتقط عليه بل هو سائبة يتولى من شاء .

الفصل الثاني : في الحيوان : ويسمّى ضالة ، ويجوز لكل بالغ عاقل على كراهية ـ إلا مع تحقق تلفه

على النفس.

ولايتوهّم أن الأمر في الطرف أسهل منه في النفس، لأنّ الاقتصاص في الطرف قد يسري إلى النفس . ثم يقال إنّ قوله: (لأنّ العدول إلى القيمة مشكوك فيه) يقتضي إنحصار الحال في العدول إلى القيمة التي هي فرع الرقية، ولم لايجوز أن يكون العدول إلى الدّية التي هي فرع الحريّة، أو أقل الأمرين الذي هو المتيقّن، على كل من التقديرين.

والحق أنّ كل ذلك ضعيف، بل إجراء أحكام الحريّة هو المعتمّد، لأنّ العدول عنها خروج عن الحكم الشرعي إلى مجرّد الرأي، كما حققناه.

قوله : (ولا ولاية للملتقط عليه ، بل هو سائبة يتولّى من شاء) .

قد علم غير مرة أن ولاية الملتقط على اللقيط إنمّا هي في الحضانة لا في غير ذلك ، فهو سائبة له أن يتولّى من شاء بعد بلوغه .

قوله : (الفصل الثاني : في الحيوان ، ويسمّى ضالة ، ويجوز لكل بالغ عاقل على كراهية . . .) .

يندرج في البالغ العاقل المرتد عن فطرة ، مع أنه ليس له أن يلتقط ، ولو التقط بني على أنه لو حاز المباحات هل تنتقل إلى ورثته ، أم لا فيجوز انتزاعها من يده لكل أحد ، فبأيهما حكم به يأتي مثله هنا .

قوله : (إلاّ مع تحقق تلفه) .

أي : على كراهية ، إلا في هذه الحالة ، فتزول الكراهية ، قال في

وإن كان عبداً أو كافراً أو فاسقاً ـ التقاط كل حيوان مملوك ضائع لا يد لأحد عليه

التذكرة : أما إذا تحقق التلف ، فانه تزول الكراهية ويبقى طلقا[١] . يدل على الكراهية قول الباقر عليه السلام : « لا يأكل الضالة إلا الضالون »[٢] وهو مخصوص بقول الصادق عليه السلام : « الضوال لا يأكلها إلا الضالون إذا لم يعرّفوها »[٣] فان مفهوم الشرط معتبر ، فيبقى نفي الكراهية مع تحقق التلف مستنداً إلى الأصل .

فإن قيل : فعلى هذا تختص الكراهة بما إذا لم يعرّفها وإن لم يتحقق التلف .

قلنا : الكراهة فيما عدا هذه الصورة بالاجماع ، ورواية الشاة يفهم منها عدم تحقق التلف ، حيث قال عليه السلام : « هي لك او لاخيك او للذئب »[٤] فيكون قوله عليه السلام : « وما احب أن أمسها »[٥] غير مناف لما قلناه .

قوله : (وإن كان عبداً) .

سواء أذن المولى أم لا إذا لم ينهه ، لأنه أهل للاكتساب ، وظاهر كلام التذكرة أن هذا الحكم إجماعي[٦] .

قوله : (أو كافراً أو فاسقاً) .

لأن الالتقاط اكتساب ، والكافر والفاسق أهل له .

قوله : (ضائع لا يد لأحد عليه) .

---

(١) التذكرة٢ : ٢٦٦ .

(٢) التهذيب٦ : ٣٩٦ حديث ١١٩٣ .

(٣) التهذيب ٦ : ٣٩٤ حديث ١١٨٢ .

(٤) الكافي ٥ : ١٤٠ حديث ١٢ .

(٥) الفقيه٣ : ١٨٨ حديث ٨٤٨ ، التهذيب ٦ : ٣٩٤ حديث ١١٨٥ .

(٦) التذكرة٢ : ٢٦٩ .

في الفلاة ، فالبعير لا يؤخذ إن كان صحيحاً أو كان في كلأ وماء ، فإن أخذه حينئذ ضمنه .

ويبرأ بتسليمه الى المالك أو الحاكم مع فقده ، لا بإرساله في موضعه ، ويرسله الحاكم في الحمى فإن لم يكن باعه وحفظ ثمنه لمالكه .

قد يقال : إن قوله : (ضائع) مغن عن قوله.(لا يد لأحد عليه) لأن المراد بالضائع : الضال ، ولا يكون ضالاً مع ثبوت اليد عليه .

ويجاب : بأن المراد ضائع عن مالكه ، وما هذا شأنه لا يمتنع أن يكون عليه يد ملتقط آخر سابق ، وحينئذ فلا يجوز للّاحق التقاطه ، واعلم أن قوله : (كل حيوان) يستثنى من عمومه ما سيذكره بعد.

قوله : (في الفلاة) .

فالضائع في العمران لا يجوز أخذه ولا يعدّ لقطة .

قوله : (فالبعير لا يؤخذ إن كان صحيحاً ، أو كان في كلأ وماء) .

للنهي عن التعرض إليه في كل من الموضعين في رواية هشام بن سالم الحسنة عن الصادق عليه السلام[1] ، والكلأ مهموز كجبل : العشب .

قوله : (ويرسله الحاكم في الحمى[2] ، فان لم يكن ،باعهوحفظ ثمنه لمالكه) .

ظاهره أن الحاكم إنما يبيعه مع فقد الحمى ، وفي الدروس : .أنه يعتمد من الأمرين ما يراه مصلحة[3] ، وهو حسن . ولو لم يجد الحاكم فهل يسوغ له

---

(١) الكافي٥: ١٤٠ حديث١٢، الفقيه٣: ١٨٨ حديث ٨٤٨، التهذيب٦: ٣٩٢ حديث ١١٧٦.

(٢) قال السيد العاملي في مفتاح الكرامة٦: ١٢٧: والمراد: الحمى الذي حماه الامام لخيل المجاهدين والضوال.

(٣) الدروس: ٣٠٠.

ولو تركه من جهد في غير كلأ ولا ماء جاز أخذه ، ويملكه الواجد ولا ضمان .

وفي رد العين مع طلب المالك اشكال .

بيعه؟ وعلى تقدير عدم البيع لو أنفق عليه ، هل له الرجوع إذا قصده ، أم يكون كالشاة المأخوذة من العمران؟ كل محتمل .

قوله : (ولو تركه من جهد في غير كلأ ولا ماء جاز أخذه) .

للأخبار[1] الدالة على ذلك ، وظاهر قول أمير المؤمنين عليه السلام : « أنه إن تركها في غير كلأ وماء فهي للذي أحياها »[2] أن المتروك في كلأ ولا ماء هناك أو بالعكس يؤخذ ، لانتفاء الأمرين حينئذ ، ولأنها لا تعيش بدون الماء ، وضعفها يمنعها عن الوصول إليه .

قوله : (ويملكه الواجد ولا ضمان) .

للأخبار الصريحة في ثبوت الملك على وجه انقطع سبيل المالك عنها ، فان في صحيحة عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام : « من أصاب مالاً أو بعيراً في فلاة من الأرض قد كلّت وقامت وسيّبها صاحبها لِما لم تتبعه ، فأخذها غيره ، فأقام عليها وأنفق نفقة حتى أحياها من الكلال ومن الموت ، فهي له ولا سبيل له عليها ، وإنما هي مثل الشيء المباح »[3] .

والظاهر أن المراد بالمال ما كان من الدواب التي تحمل ونحوها ، بدليل قوله : « قد كلّت وقامت وسيبها صاحبها لما لم تتبعه » والرواية نصّ صريح في عدم الضمان .

قوله : (وفي رد العين مع طلب المالك إشكال) .

---

(١) الكافي ٥ : ١٤٠ حديث ١٣ ، ١٤ ، التهذيب ٦ : ٣٩٢ ـ ٣٩٣ حديث ١١٧٧ ، ١١٧٨ ، ١١٨١ .

(٢) الكافي ٥ : ١٤١ حديث ١٦ ، التهذيب ٦ : ٣٩٣ حديث ١١٨١ .

(٣) الكافي ٥ : ١٤٠ حديث ١٣ ، التهذيب ٦ : ٣٩٢ حديث ١١٧٧ .

وكذا التفصيل في الدابة والبقرة والحمار ، أما الشاة فتؤخذ ويتخيّر الآخذ بين حفظها لمالكها أو دفعها الى الحاكم ولا ضمان فيهما ،

ينشأ : من عموم قول الباقر عليه السلام في رواية « فاذا جاء طالبه رده اليه »[1]، ومن حصول الملك للثاني فلا يزول ، والأصح عدم وجوب الرد ، للنص الصريح في الرواية السابقة[2] .

ودعوى الشارح : ذات عموم[3][4]، غير جيدة، لأنها بالاضافة إلى الرواية الأولى أخص ، فتكون مقدمة ، وهو مختار المصنف في التحرير[5] ، وشيخنا في الدروس[6] .

قوله : (وكذا التفصيل في الدابة والبقرة) .

أي : التفصيل بكون الترك من جهد ، وكونه في كلأ وماء وعدمه ، إلى آخر الأحكام السابقة ، لشمول رواية ابن سنان لهما ، ورواية مسمع عن أمير المؤمنين عليه السلام المذكور بعضها سابقاً ، والمذكور فيها الدابة والبغل والحمار كذلك[7] .

وقيل بجواز أخذ الحمار مطلقاً ، لعدم امتناعه من الذئب ، ذكره في الدروس[8] .

قوله : (وأما الشاة ، فتؤخذ ويتخير الآخذ بين حفظها لمالكها أو دفعها إلى الحاكم ، ولا ضمان فيهما) .

---

(١) الكافي ٥ : ١٣٩ حديث ١٠ ، التهذيب ٦ : ٣٩٢ حديث ١١٧٥ .

(٢) هي صحيحة ابن سنان السابقة.

(٣) أي: ودعوى الشارح ان الرواية السابقة ذات عموم غير جيدة

(٤) ايضاح الفوائد ٢ : ١٤٨ .

(٥) التحرير: ١٢٥ .

(٦) الدروس: ٣٠٠ .

(٧) الكافي ٥ : ١٤٠ حديث ١٣ ، التهذيب ٦ : ٣٩٣ حديث ١١٨١ .

(٨) الدروس: ٣٠٠ .

وبين تملكها والضمان على اشكال .وكذا صغار الإبل والبقر وغيرهما .

أي : في الموضعين المذكورين ، لأن الحاكم ولي الغائب ، فالدفع إليه مع تعذر المالك كالدفع إلى المالك ، وحفظها بنفسه جائز ، لأنه أمين .

قوله : (وبين تملكها والضمان على إشكال) .

ينشأ : من عموم « فاذا جاء طالبه رده إليه »[١] ومن إطلاق رواية ابن سنان[٢] السابقة ، لكن فيها ما قد ينافي الحكم المذكور في الشاة ، وهو قوله عليه السلام : « وسيبها صاحبها لما لم تتبعه »[٣] فان هذا غير شرط في جواز أخذ الشاة وتملكها إذا كانت في الفلاة ، ولا ريب أن الضمان أحوط وأرجح .

فإن قيل : إذا جاء صاحبها وهي موجودة ، فعلى الضمان يجب ردّها عليه ، وذلك مناف للملك .

قلنا : لا منافاة ، لجواز كون الملك متزلزلاً .

فإن قيل : متى تحقق الضمان؟

قلنا : الظاهر أن الاخذ من حين تملكها صارت مضمونة عليه ، فان جاء المالك ردّها بعينها ، ومع التلف يضمن ، وهل يجب تعريف الشاة المأخوذة من الفلاة؟ قال في التذكرة : الأقرب العدم[٤] ، لظاهر قوله عليه السلام : « هي لك أو لاخيك أو للذئب »[٥] فان المتبادر منه تملكها بغير تعريف ، وليس تقييده بالتعريف بأولى من تقييد دليل التعريف بما عدا الشاة ، وهذا قويّ متين .

قوله : (وكذا صغار الابل والبقر وغيرهما) .

---

(١) الكافي٥ : ١٣٩ حديث١٠ ، التهذيب٦ : ٣٩٢ حديث ١١٧٥ .

(٢) الكافي٥ : ١٤٠ حديث ١٣ ، التهذيب ٦ : ٣٩٢ حديث ١١٧٧ .

(٣) المصدر السابق .

(٤) التذكرة٢ : ٢٦٨ .

(٥) الكافي٥ : ١٤٠ حديث١٢ ، الفقيه٣ : ١٨٨ حديث ٨٤٨ ، التهذيب ٦ : ٣٩٤ حديث ١١٨٥ .

ولا تؤخذ الغزلان المملوكة وشبهها مما يمتنع بعدوه .

أي : حكمهما في جواز أخذها في الفلاة حكم الشاة ، أسنده في التذكرة إلى علمائنا[١] ، لكن توقف فيه ابن سعيد[٢] ، نظراً إلى مورد النص ، والأصح . الجواز ، وفي قوله عليه السلام في الشاة : « هي لك أو لأخيك أو للذئب »[٣] إيماء إليه ، فانها لا تمتنع من صغار السباع .

وهل يجب التعريف؟ الظاهر نعم ، إذ لا معارض لدليل وجوب تعريف اللقطة سنة ، وهل يضمنها لو تملكها لمالكها لو وجد؟ الظاهر نعم ، لعدم المسقط ، وعموم الرواية عن الباقر عليه السلام[٤] .

قوله : (ولا تؤخذ الغزلان المملوكة وشبهها مما يمتنع بعدوه) .

قال في الدروس : إلاّ أن يخاف ضياعها ، فالأقرب الجواز ، لأن الغرض حفظها لمالكها لاحفظها في نفسها ، وإلاّ لما جاز التقاط الأثمان ، لأنها محفوظة في نفسها حيث كانت[٥] . وهذا بعينه كلام المصنف في التذكرة ، إلاّ أنه زاد على خوف ضياعها عن مالكها ، عجز مالكها عن استرجاعها[٦] . أي : خوفه ذلك ، كما هو ظاهر العبارة ، وما ذكره وجيه ، ويعرف سنة .

---

(١) التذكرة٢ : ٢٦٧ .

وقال السيد العاملي : وقد حكى في جامع المقاصد والمسالك عن التذكرة انه نسب فيها جواز الأخذ الى علمائنا، وعبارة التذكرة خالية عن ذلك، انما نسب الى علمائنا فيها جواز أخذ الشاة ثم قال بعد سطرين: وكذا الحيوان الذي لا يمتنع من صغار السباع، فلم يكن داخلاً تحت معقد ما نسبه الى علمائنا. مفتاح الكرامة٦: ١٣٣ .

(٢) الشرائع٣: ٢٨٩ .

(٣) الكافي٥ : ١٤٠ حديث١٢، الفقيه٣: ١٨٨ حديث ٨٤٨، التهذيب ٦: ٣٩٤ حديث ١١٨٥ .

(٤) الكافي ٥: ١٣٩ حديث١٠، التهذيب٦: ٣٩٢ حديث ١١٧٥ .

(٥) الدروس: ٣٠١ .

(٦) التذكرة٢ : ٢٦٨ ، وفيها: حكمه حكم الموجود.

أما العمران فلا يحل أخذ شيء من الضوال فيها وإن لم تكن ممتنعة كأطفال الإبل والبقر ، فإن أخذها تخيّر بين حفظها لمالكها وعليه نفقتها من غير رجوع ، وبين دفعها الى الحاكم فإن تعذر انفق ولم يرجع .

قوله : (أما العمران ، فلا يحل أخذ شيء من الضوال فيها وإن لم تكن ممتنعة ، كأطفال الإبل والبقر) .

لا كلام في الحكم ، لكن ما الذي يراد من العمران؟ لا ريب أن ما بين البيوت عمران ، سواء كانت بيوت أهل الأمصار والقرى أو أهل البادية . وهل المزارع والبساتين المتصلة بالبلد ولا تنفك من الناس غالباً من العمران؟ ليس ببعيد ذلك .

قال في التذكرة : ما يؤخذ من الحيوان قريباً من العمران حكمه حكم المأخوذ في العمران ، للعادة القاضية بأن الناس يشمرون دوابهم قريباً من عمارة البلد . وهو متجه .

وللشيخ قول في المبسوط : بأن ما كان من الحيوان في العمران وما يتصل به على نصف فرسخ يجوز أخذه ، ممتنعا كان أو لا ، ويتخير بين الانفاق تطوعاً والرفع الى الحاكم ، وليس له أكلها[1] . والمشهور خلافه ، والنص[2] ينافيه .

قوله : (فإن أخذها تخير بين حفظها لمالكها وعليه نفقتها من غير رجوع ، وبين دفعها إلى الحاكم ، فان تعذر أنفق ولم يرجع) .

عدم الرجوع بالنفقة لكونه عادياً بالأخذ ـ فيكون متبرعاً ـ هو المشهور بين الأصحاب . ويظهر من الدروس[3] التوقف في ذلك ، حيث أسنده إلى الشيخ[4] .

---

(١) المبسوط٣: ٣٢٠.

(٢) الكافي ٥: ١٤٠ حديث ١٣.

(٣) الدروس: ٣٠١.

(٤) المبسوط٣: ٣٢٠.

ولو كانت شاة حبسها ثلاثة أيام ، فإن جاء المالك وإلّا باعها ـ وفي اشتراط الحاكم اشكال ـ وتصدّق بثمنها وضمن ، أو احتفظه ولا ضمان ،

في[1] التحرير ما معناه : لا يجوز أخذ الضوال من العمران ممتنعة أو لا ، فان أخذها أمسكها لصاحبها أمانة وعليه نفقتها من غير رجوع ، وإن شاء دفعها إلى الحاكم ، فان لم يجده أنفق ورجع بالنفقة[2] . وفي بعض هذه الأحكام بحث .

قوله :(ولو كانت شاة حبسها ثلاثة أيام فان جاء المالك والا باعها).

الأصل في ذلك رواية ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام[3] ، وهي وإن لم تكن صريحة في الشاة المأخوذة من العمران ، إلّا أن الجمع بينها وبين غيرها اقتضى حملها على ذلك .

قوله : (وفي اشتراط الحاكم إشكال) .

أي : في جواز البيع لأخذها ، ومنشأ الاشكال :من تجويز البيع في الرواية[4] ، على تقدير عدم مجيء صاحبها ،فلا يتوقف على شيء آخر . ومن أن الحاكم ولي الغائب ، فلا يجوز التصرف في ماله بدون إذن الحاكم ، والأول أقوى ، وإن كان الاحتياط استئذانه .

قوله : (وتصدق بثمنها وضمن) .

كذا أطلق الأصحاب ، وليس في الرواية[5] ذكر الضمان ، ويشكل على تقدير كون العين أمانة الضمان هنا .

قوله : (أو احتفظه ولا ضمان) .

---

(١) كذا في «م» و«ق» والحجري .

(٢) التحرير٢ : ١٢٥ .

(٣) التهذيب٦ : ٣٩٧ حديث ١١٩٦ .

(٤) المصدر السابق .

(٥) التهذيب٦ : ٢٩٧ حديث ١١٩٦ .

وفي الصدقة بعينها أو قبل الحول بثمنها اشكال .

ويجوز التقاط الكلاب المملوكة ، ويلزم تعريفها سنة ثم ينتفع بها إن شاء ويضمن السوقية .

ويستحب الإشهاد على أخذ الضالة .

لأن البيع جائز ، فيكون قبض الثمن مأذوناً فيه شرعاً ، وهل العين كالثمن أمانة؟ قال في الدروس : نعم[1] . وكلاهما مشكل ، لأنه إذا كان الأخذ ممنوعاً منه كان عدواناً ، والعدوان يقتضي الضمان ، وتجويز البيع لا يقتضي عدم الضمان .

قوله : (وفي الصدقة بعينها أو قبل الحول بثمنها إشكال) .

هنا مسألتان :

أ : المأمور به في الحديث الصدقة بالثمن ، فهل تجوز الصدقة بالعين؟ فيه إشكال ، ينشأ : من عدم التفاوت بين الصدقة بالعين والثمن ، ومن الوقوف عند مورد النص ، والثاني أقوى .

ب : هل تجوز الصدقة بالثمن قبل التعريف حولا ، أم لا؟ فيه إشكال ، ينشأ : من أن ظاهر الرواية الصدقة بالثمن بعد البيع ، فلا يتوقف على أمر آخر . ومن عموم وجوب التعريف في اللقطة ، ولأنه أقرب إلى وصول المال إلى مستحقه ، ولأنه ربما كان فائدة البيع والتصدق بالثمن ذلك دون التصدق بالعين ، والأصح الأول ، عملاً باطلاق الرواية ، ولا دليل على تقييدها بدليل التعريف ، إذ لا أولوية بين تقييد هذه أو تخصيص ذلك ، ولا ريب أن التعريف أحوط .

---

(١) الدروس: ٣٠١.

ولو التقط الصبي أو المجنون الضالة انتزعه الولي وعرّفه سنة ، فإن لم يأت المالك تخيّر مع الغبطة في ابقائها أمانة ، وتمليكه مع التضمين .

وإذا لم يجد الآخذ سلطاناً ينفق أنفق ورجع على اشكال ، ويتقاص مع المالك لو انتفع بالظهر وشبهه .

قوله : (ولو التقط الصبي أو المجنون الضالة انتزعه الولي . . .) .

يجب على الولي ذلك ـ كما يجب عليه حفظ مالهما ـ وعدم تمكينهما منه ، لما أنهما لا يؤمنان على عدم إتلافه .

قوله : (وإذا لم يجد الآخذ سلطانا وأنفق رجع على إشكال) .

أي : أخذ اللقطة إذا لم يجد سلطاناً ليسلم اللقطة إليه أو يستأذنه في الانفاق ، فلا ريب في وجوب الانفاق عليه لوجوب الحفظ ، ولا يتم إلا به .

وفي استحقاق الرجوع إشكال ، ينشأ : من أنه إنفاق على مال الغير بغير إذنه فيكون تبرعاً ، ومن أن إيجابه شرعاً يقتضي حصول الاذن من الشارع ، فاذا أنفق بنية الرجوع استحق الرجوع ، وهو الأصح ـ ولا يشترط الاشهاد ـ وبه صرّح المصنف في المختلف[1] ، وهو قول الأكثر[2] ، والأول قول ابن إدريس[3] .

نعم لو نوى التملك ثم أنفق لم يستحق الرجوع ، قاله في التذكرة[4] ، وهو جيد إن صح تملكه ، وإلا ففي عدم استحقاق الرجوع إذا نواه علماً منه بعدم صحة التملك نظر .

قوله : (ويتقاص مع المالك لو انتفع بالظهر وشبهه) .

---

(١) المختلف٢ : ٤٥٢ .

(٢) منهم المفيد في المقنعة : ٩٩، والطوسي في النهاية : ٣٢٤، والمحقق في الشرائع٣ : ٢٩٠ .

(٣) السرائر : ١٨١ .

(٤) التذكرة٢ : ٢٦٩ .

والضالة أمانة مدّة حول التعريف ، فإن قصد بعده التملك ملك وضمن ، والاّ فلا إلاّ مع التفريط .

ولو قصد التملك ثم نوى الحفظ ، أو قصد الحفظ ثم نوى التملك ضمن بقصد التملك فيهما .

الفصل الثالث: في لقطة الأموال : وفيه مطلبان :

الأول : في الأركان : وهي ثلاثة :

الأول: الالتقاط :وهو عبارة عن أخذ مال ضائع للتملك بعد التعريف حولاً أو للحفظ على المالك ، وهو مكروه وإن وثق من نفسه إن

قال الشيخ : إن الركوب للظهر والحمل واللبن والخدمة يكون بأزاء النفقة[1] . وما اختاره المصنف من اعتبار قدر كل منهما والتقاص هو الأصح ، فان فضل لأحدهما شيء رجع به .

قوله : (الفصل الثالث : في لقطة الأموال ، وفيه مطلبان : الأول في الأركان ، وهي ثلاثة : الأول الالتقاط ، وهو عبارة عن أخذ مال ضائع للتملك ـ بعد التعريف حولاً ـ أو للحفظ على المالك) .

لا ريب أن ضياع المال عن مالكه معتبر في اللقطة ، ومقتضى قوله : للتملك بعد التعريف . . .) أنه لو اخذه لا لأحد الأمرين لا يكون لقطة ، وليس بجيد ، لأنه لو أخذه للتملك مطلقاً يضمنه ويأثم ، ثم إذا عرّفه ملكه على الأقرب عند المصنف ، على ما سيأتي ان شاء تعالى ، ولو أخذه ذاهلاً فهو ملتقط[2] .

قوله : (وهو مكروه وإن وثق من نفسه) .

---

(١) النهاية: ٣٢٤.

(٢) ورد بعد لفظ ملتقط في «ق» في الهامش مع علامة (صح)، وفي «م» في الهامش أيضا مع (منه مد ظله): ولا يرد على عكسه أيضا ما دون الدرهم وما أخذ لا بقصد شيء.

كان في غير الحرم ، وفيه يحرم على رأي ولا يحل تملكه وإن عرّف طويلاً .

ويستحب الاشهاد ، فيعرّف الشهود بعض الأوصاف لتحصل فائدة الإشهاد .

ولو علم الخيانة حرم الالتقاط ،

لإطلاق الأخبار[1] بالنهي عن أخذ اللقطة ، إلاّ مع تحقق التلف ، والظاهر أن المراد بالتحقق : الظن الغالب المستفاد من القرائن .

قوله : (وفيه يحرم على رأي ولا يحلّ تملكه وإن عرف طويلاً) .

هذا هو المشهور والأصح ، للأخبار الصريحة[2] في ذلك ، ويحكى عن ظاهر عبارة ابن البراج جواز أخذ ما نقص عن الدرهم في الحرم[3] ، وهو ضعيف . ولا فرق في ذلك بين القليل والكثير ، نص عليه في التذكرة[4] ، وهو المختار .

قوله : (فيعرّف الشهود بعض الأوصاف) .

لاجميعها ، حذراً من شياع خبرها ، فيطلع على صفاتها من لا يستحقها ، فيدّعيها ويذكر الوصف ، أو يواطيء الشهود الذين عرفوا صفاتها فيأخذها[5] بشهادتهم .

قوله : (ولو علم الخيانة حرم الالتقاط)

---

(١) الفقيه٣ : ١٨٦ حديث ٨٣٩، التهذيب٦ : ٣٩٠ حديث١١٦٦ .

(٢) التهذيب٦ : ٣٩٠، ٣٩٥، حديث ١١٦٧، ١١٩٠ .

(٣) ذهب اليه في كتابه الكامل، كما نقله عنه في المختلف: ٤٤٨، راجع أيضاً: ايضاح الفوائد٢ : ١٥٠ .

(٤) التذكرة٢ : ٢٥٤ .

(٥) في «م» وق»: وحدها، وما أثبتناه. من مفتاح الكرامة ٦ : ١٤٦، وهو الصحيح .

ولو خاف ففي الجواز نظر .

ويحصل الالتقاط بالأخذ لا بالرؤية وإن اختصت بغير الملتقط اذا أعلمه بها .

ولو قال : ناولنيها : فإن نوى الأخذ لنفسه فهي له ، وإلا فللأمر على أشكال .

لأن الأخذ الذي يكون وسيلة إلى الحرام حرام .

قوله : (ولو خاف ، ففي الجواز نظر) .

أي : لو لم يكن قاطعاً بالخيانة للقطة ، لكن خاف على نفسه حصولها بعد ذلك ، ففي تحريم الالتقاط نظر ، ينشأ : من أن الأصل جواز الالتقاط والمانع الذي هو الخيانة غير معلوم ، ومن أن الخوف من الوقوع في المحرم الموجب للنار يجب دفعه باجتناب ما يقتضيه ، ولأن الأمانة لا تليق بمن لا يثق من نفسه ، والتحريم أولى .

قوله : (لا بالرؤية وإن اختصت بغير الملتقط إذا أعلمه بها) .

أي : لا يحصل الالتقاط بالرؤية وإن اختصت بغير الملتقط: بأن كان هو الرائي فأعلم الآخر بها فالتقطها ، فان الحكم منوط بالالتقاط وإن تسبب عن رؤية الآخر وإعلامه .

ولا يخفى ما في العبارة من التعقيد ، فان الاختصاص بالرؤية مع تجدد رؤية الآخر غير مستقيم ، وكلمة (إذا) غير واقعة الموقع ، وضمير (بها) ليس له مرجع معين في العبارة ،ولو قال : وإن سبق غير الملتقط برؤية العين فأعلمه فأخذها ، لكان أولى .

قوله : (ولو قال : ناولنيها ، فإن نوى الأخذ لنفسه فهي له ، وإلاّ فللآمر [على][1] إشكال)

---

(١) ما بين المعقوفتين لم يرد في «م» و«ق»، وأثبتناه من خطية القواعد.

. . . .

إن نوى الأخذ لنفسه فهو الملتقط حقيقة ، وإن نوى أخذها للآمر ، فهل يقع الأخذ له؟ فيه إشكال ، ينشأ : من أن المقتضي لتملك المباحات هو الحيازة ، والحائز هو الآخذ ، فيكون الاستحقاق له ، ولا يخرج بأخذها للآمر عن كونه مستحقاً ، كما لا يخرج المالك عن كونه مالكاً بقصد كون الملك للغير ، ولتعليق أحكام الالتقاط في النصوص [1] على الآخذ ، فيكون التملك مختصاً بالآخذ

ومن أن الملك لم يحصل بعد ، فاذا نوى الأخذ عن غيره كانت اليد لذلك الغير ، فيكون هو الآخذ ، فيكون الملك له .

وتحرير البحث يتم بتحقيق أن الالتقاط وحيازة المباحات هل تقبل النيابة أم لا؟ ويبنى ذلك على أن تملك المباحات هل يشترط فيه مع الحيازة النية ـ وهي القصد إلى التملك ـ أم يثبت بمجرد حيازتها؟ يحتمل الأول ، لأنه لولاه لملك الصائد الدرة في جوف السمكة مع الجهل بها ، وهو باطل .

وفيه نظر ، لأن للمانع أن يمنع صدق الحيازة هنا ، لأن المحوز هو السمكة وما في بطنها لا يعدّ محوزاً شرعاً ولا عرفاً ولا لغةً[2] ، كما لو أخذ النائم الشيء ، فعلى هذا يقال : لابدّ من قصد الحيازة ، أما قصد التملك فلا يشترط .

وينبغي أن يقال : لا بد من أن لا يقصد بالأخذ عدم التملك ، فلو حوّل حجراً أو شجراً ـ مثلاً ـ مباحاً في الطريق من جانب إلى آخر ، قاصداً بذلك تخلية الطريق ونحو ذلك ، فدخوله في ملكه بمجرد هذا مستبعد جداً . ومثله ما

---

(١) الفقيه٣: ١٨٦ باب اللقطة والضالة، التهذيب ٦: ٣٨٩ باب اللقطة والضالة.

(٢) قال السيد العاملي: . . . وما في مقامين من جامع المقاصد من منع صدق الحيازة هنا لان المحوز هو السمكة وما في بطنها لا يعد محوزاً شرعاً ولا عرفا ولا لغة . . . ففي محل اللغة فتأمل. مفتاح الكرامة ٦: ١٤٧. وراجع أيضا: الصحاح (حوز) ٣: ٨٧٥.

الثاني: الملتقط: وهو كل من له اهلية الكسب وإن خرج عن التكليف، أو كان عبداً، أو كافراً، أو فاسقاً، نعم يشترط في لقطة الحرم العدالة.

لو نحّى المال الضائع من جانب إلى آخر، فانه ينبغي أن لا يكون ملتقطاً وإن ضمن مال الغير، لإثبات اليد عليه على إشكال في هذا.

وكيف كان فالقول بقبول الالتقاط النيابة قوي، والحكم بالملك مع قصد عدمه في المباحات، بحيث يكون قهرياً بعيد، ويؤيده ظاهر قوله عليه السلام: «لكلّ امرىء ما نوى»[1].

قوله: (وهو كل من له أهلية التكسب، وإن خرج عن التكليف أو كان عبداً أو كافراً أو فاسقاً؟ نعم يشترط في لقطة الحرم العدالة).

لما لم يصح تملك لقطة الحرم بحال، لم يكن أخذها كسباً، بل مجرد حفظ، والفاسق ليس أهلاً لحفظ مال الغير، فان أخذها لم تكن له أولوية على حفظها، بل ينتزعها منه الحاكم ويحفظها بما يراه.

وعلى القول بتحريم أخذها، ففي الفرق بين العدل والفاسق نظر، لأن العدل وإن كان أهلاً للأمانة، إلاّ أن الأخذ محرم عليه، وإذا كان حراماً، فكيف يكون أميناً؟ وكيف يتصور جواز إدامة اليد عليها؟

والذي ينساق إليه النظر ـ على تقدير التحريم ـ جواز انتزاعها من العدل للحاكم وإن جاز له ائتمانه عليها، فيزول التحريم حينئذ مع بقاء وصف العدالة، ويكون هذا القدر هو الفرق بين العدل والفاسق، أو جواز الأخذ للعدل على قصد الحفظ دائما، كما ذكره في التذكرة[2].

وقد صرح في الدروس بأن أربعة لا يجوز لهم أخذ لقطة الحرم: العبد

---

(١) صحيح البخاري١: ٢، مسند أحمد١: ٢٥.
(٢) التذكرة ٢: ٢٥٢.

ثم للعدل أن يحفظ اللقطة ، بنفسه أو يدفع الى الحاكم ، وغيره يتخير الحاكم بين انتزاعه منه وبين نصب رقيب الى أن تمضي مدة التعريف .

ثم إن اختار الفاسق أو الكافر التملك دفعه الحاكم اليه ، وإلاّ فالخيار للملتقط حينئذ إن شاء أبقاه في يد الحاكم أمانة او غيره ، وليس للحاكم مطالبة الفاسق بعد الحول بكفيل .

والصبي والمجنون والفاسق ، لأنها أمانة محضة[1] . وينبغي إضافة السفيه إليهم .

قوله : (وغيره يتخير الحاكم بين انتزاعه منه ، وبين نصب رقيب إلى أن تمضي مدة التعريف) .

الغرض من الرقيب أن يشرف عليها لئلا يتصرف فيها ، ويتولى تعريفها لئلا يخل به ، لأنه لا أمانة له ، كذا ذكره في التذكرة ، وقال أيضا : إن ضم المشرف إليه على جهة الاستظهار والاستحباب دون الايجاب[2] .

وقال في التحرير : لم أقف لعلمائنا على نص في انتزاع اللقطتين من يد الفاسق ، أو ضم حافظ إليه مدة التعريف[3] . والمراد باللقطتين : لقطة الحيوان ، ولقطة الأموال ، وما ذكره في التذكرة هو المختار ، عملاً بالأصل وتمسكاً بظاهر حال المسلم .

وربما كان للفاسق أمانة ، والالتقاط في معنى الاكتساب لا استئمان محض ، فلا يعرض الحاكم ، وهذا إذا لم يعلم خيانته فيها ، فان علمت وجب

---

(١) الدروس: ٣٠٤، علما بأن ما في الدروس لم يعد العبد من الأربعة وذكر بدله الكافر.

وقال السيد العاملي في المفتاح ٦ : ١٤٨ : وسها في جامع المقاصد ـ كما في نسختين منه ـ فيما حكاه عن الدروس من عدم جواز العبد.

(٢) التذكرة ٢ : ٢٥٢ .

(٣) التحرير ٢ : ١٢٧ .

أما الصبي والمجنون فللولي نزعه من يدهما وتمليكهما إياه بعد مدة التعريف ، ويتولاه الولي أو أحدهما .

ولو أتلفه الصبي ضمن ، ولو تلف في يده فالأقرب ذلك ، لأنه ليس أهلاً للأمانة ، ولم يسلطه المالك عليه بخلاف الإيداع .

إما انتزاعها منه ، او ضم مشرف إليه من باب الحسبة ، وهو مقرب التذكرة[1] .

قوله : (أما الصبي والمجنون ، فللولي نزعه من يدهما) .

يجب على الولي انتزاعها من يد الصبي والمجنون ، لأنهما ليسا من أهل الامانة ، ولا من أهل حفظ ملكهما ، واللقطة في معنى المملوك ، فكما يجب على المولى أخذ مالهما من أيديهما ويحرم تمكينهما منه خوف إتلافه ، فكذا يجب انتزاع اللقطة ، ومع التقصير والتلف يضمن ، كما سيأتي قريباً ان شاء الله تعالى .

قوله : (ويتولاه الوليّ أو أحدهما) .

أما الولي فظاهر ، لقيامه مقام كل منهما ، وأما أحدهما فلتمكنهما من تملك المباحات ، وهذا في معناها .

قوله : (ولو اتلفه ضمن) .

أي : لو أتلف الصبي أو المجنون المال الملتقط المحدث عنه في قوله (فللولي نزعه . . .) ضمن في ماله ، لأن الإتلاف يقتضي الضمان .

قوله : (ولو تلف في يده فالأقرب ذلك ، لأنه ليس أهلاً للأمانة ، ولم يسلّطه المالك عليه بخلاف الايداع) .

محصّل ما بيّن به الشارح وجه القرب يرجع الى أن الصبي والمجنون لهما أهلية الاكتساب وليس لهما أهلية الأمانة ، فيكون التقاطهما اكتساباً محضاً لا

---

(١) التذكرة٢ : ٢٥٢ .

ولو قصّر الولي فلم ينتزعه حتى أتلفه الصبي أو تلف فالأقرب تضمين الولي .

استئمان فيه ، فاذا تلفت العين في يد أحدهما كانت مضمونة

وربما يقال : لا بعد فيه ، كمن التقط بنية التملك من أول الأمر فيدهما من أول الأمر يد ضمان ، وفيه نظر من وجهين :

الأول : إنه وإن لم يكن اهلية الأمانة لا يلزم الضمان بالتلف إلّا من جهتهما .

فإن قيل : اثبات يديهما على المال غير مأذون فيه من المالك فيكون يد عدوان؟

قلنا : لا شيء من ايدي الملتقطين مأذون فيه من المالك ، وإنما الاذن من الشارع لكل ملتقط ، والصبي والمجنون داخلان .

فان قيل : فيكونان مستأمنين شرعاً .

قلنا : لا يلزم من الاذن ذلك ، ولهذا يجب على الولي انتزاع العين من أيديهما ، فالمستأمن في الحقيقة هو الولي .

أما أصل إثبات اليد فإنه بإذن الشارع ، ولما امتنع تكليفهما امتنع ايجاب التسليم عليهما للولي ، فانحصر الوجوب في طرف الولي اذا علم بالالتقاط ، فلا فرق حينئذ بين لقطتهما وايداعهما ، فلا يستقم قول المصنف بخلاف الايداع ، أي : ايداعهما الذي اقتضى تسليط المالك ، وقد اعترف المصنف في التذكرة بعدم الفرق بينهما .

الثاني : إن يديهما لو كانت يد ضمان لوجب أن تكون يد الولي كذلك؛ لأنه قائم مقامهما في اثبات اليد ، ويده مبنية على يديهما ، ولا يلزم من أمر الشارع إياه بالأخذ زوال الضمان الذي كان ، والأصح عدم الضمان .

قوله : (ولو قصّر الولي فلم ينتزعه حتى اتلفه الصبي أو تلف

وللعبد أخذ اللقطتين ، فإن عـرّف حولاً ثم اتلفهـا تعلق الضمان برقبته يتبع به بعد العتق ، وكذا لو لم يعرف .

ولو علم المولى ولم ينتزعها ففي تضمينه اشكال ينشأ : من تفريطه بالإهمال اذا لم يكن أميناً ، ومن عدم الوجوب بالأصل .

فالأقرب تضمين الولي) .

وجه القرب : إنَّ حفظ أموال الصبي واجب على الولي ، فاذا تركها في يده فقد عرّضها للتلف فيكون مفرطاً ، وكلما تلف من الأمانة في حال تفريط الأمين في حفظها فهو مضمون عليه لا محالة . ويحتمل ضعيفاً العدم ؛ لأنه لم يدخل في يده ، وهو ليس بشيء .

قوله : (وللعبد أخذ اللقطتين) .

أي لقطة الحيوان ، ولقطة الأموال .

قوله : (فإن عرّف حولاً ثم اتلفها تعلق الضمان برقبته يتبع به بعد العتق ، وكذا لو لم يعرّف) .

اطلاق تعلق الضمان برقبة العبد فيما يتبع به بعد العتق لا يخلو من تسامح ، فإن ذلك يتعلق بذمته .

قوله : (ولو علم المولى فلم ينتزعها ففي تضمينه اشكال ينشأ : من تفريطه بالإهمال اذا لم يكن أمينا ، ومن عدم الوجوب بالأصل) .

الضمان مشكل ؛ لأن الغرض أن السيد لم يأذن له في الالتقاط لتكون يده يد السيد ، وفي الدروس : لو كان غير مميز اتجه ضمان السيد[1] . وهذا أيضاً فيه نظر ، فإنه لا يجب على السيد انتزاع مال الغير من يد عبده ، اللهم إلا أن يقال : هو بمنزلة الدابة التي يجب منعها من إتلاف مال الغير وما عداه .

---

(١) الدروس : ٣٠٤ .

ولو اذن له المولى في التملك بعد التعريف ، أو انتزعها بعده للتملك ضمن السيد .

ولو انتزعها السيد قبل مدة التعريف لزمه إكماله ، فإن تملك أو تصدّق ضمن وإن حفظها للمالك فلا ضمان .

ولو اعتقه المولى قال الشيخ : للسيد أخذها لأنه من كسبه ، والوجه ذلك بعد الحول .

فالأصح انه إن لم يأذن له المولى في الالتقاط ، ولا في التملك لا ضمان على المولى بالتلف في يد العبد ، وإن أذن في الالتقاط ولم يكن العبد أميناً ضمن السيد بالتلف اذا قصرّ في الانتزاع ، ومع عدم التقصير نظر؛ لأن يد العبد يد السيد ، وغير الأمين لا يجوز تسليطه على مال الغير بدون اذن المالك ، وفي حكم الاذن رضاه بعد الالتقاط .

قوله : (ولو أذن له المولى في التملك بعد التعريف . . .) .

لو لم يأذن له في الالتقاط ، وأذن له في التملك ولم يجر التملك ففي التذكرة : الأقوى تعلق الضمان بالسيد؛ لأنه أذن في سبب الضمان ، فاشبه ما لو أذن له في أن يسوم شيئاً فأخذه وتلف في يده[1] .

قوله : (ولو اعتقه المولى قال الشيخ : للسيد أخذها؛ لأنها من كسبه[2] ، والوجه ذلك بعد الحول) .

أي : بعد حول التعريف ، أي : والوجه أنها للسيد بعد حول التعريف ، أي :إن كان العتق بعد حول التعريف لا قبله ،وهو المفهوم من كلام المصنف وإن لم يصرّح ، به وإلاّ لم يكن بين كلامه وكلام الشيخ فرق؛ لأنها قبل الحول أمانة وولاية ، وليس للسيد بعد العتق أخذ الأمانة[3] التي في يد العبد بعد

---

(١) التذكرة٢ : ٢٥٤ .

(٢) في «م»: الأمانات.

(٣) المبسوط٣ : ٣٢٦.

الثالث: اللقطة : وهي كل مال ضائع اخذ ولا يد لأحد عليه ، فإن كان في الحرم وجب تعريفه حولاً ، فإن لم يوجد المالك تخيّر بين الصدقة به وفي الضمان قولان ،

عتقه .

أما بعد الحول فإنها كسب محض؛ لأنها إما مملوكة أو في حكم المملوكة ، لإمكان تملكها في كل آن إن وقفنا تملكها بعد التعريف على قصد التملك . وينبغي أن يكون هذا كله اذا لم يكن الالتقاط بإذن السيد ، أما اذا كان بإذنه فإنّ الالتقاط له واليد يده . ثم في كلام المصنف نظر؛ لأن اللقطة بعد الحول ليست أمانة محضة وإنما هي كسب .

نعم يجب التعريف ليصح التملك ، والعبد لا يقدر على شيء ، ويده يد السيد اذا أذن أو رضي ، وحيث ثبت استحقاق اللقطة للسيد من حين الالتقاط وجب استصحاب هذا الحكم ، فلا يزول بالعتق كما لا يزول غيره من الحقوق ، والأظهر قول الشيخ وعليه الفتوى .

قوله : (الثالث : اللقطة ، وهي كل مال ضائع أُخذ ، ولا يد لأحد عليه . فإن كان في الحرم وجب تعريفه حولاً ، فإن لم يوجد المالك تخيرّ بين الصدقة به . وفي الضمان قولان) .

أحدهما : العدم ، وهو قول المفيد[١] وجماعة[٢]؛ لأنه مأمور بالصدقة فلا ضمان عليه بفعلها .

والثاني : الضمان ، وهو أحد قولي الشيخ[٣] وجماعة[٤] ، وهو الأصح؛ لأن يده يد ضمان ، لأنه عاد بالأخذ ، ولرواية علي بن أبي حمزة ، عن الكاظم

---

(١) المقنعة: ٩٩.

(٢) منهم ابن حمزة في الوسيلة: ٣٢٤، والشيخ في النهاية: ٣٢٠، وسلار في المراسم: ٢٠٦.

(٣) المبسوط٣: ٣٢١، الخلاف٢: ١٣٩ مسألة ١٢ كتاب اللقطة.

(٤) منهم: ابن الجنيد كما في المختلف: ٤٤٨، وابن ادريس في السرائر: ١٧٨.

وبين الاحتفاظ ولا ضمان .

وإن كان في غير الحرم : فإن كان دون الدرهم ملكه من غير تعريف

عليه السلام : « فيتصدق به على أهل بيت من المسلمين ، فإن جاء طالبه فهو له ضامن »[1] .

ولا يضر ضعف السند؛ لإنجباره بعمل الأصحاب وبباقي الدلائل ، ولا منافاة بين الأمر بالصدقة والضمان . وهذا اذا أخذ المال على قصد الالتقاط ، فإن أخذه على قصد الحفظ للمالك فالذي يحضرني أن المصنف في التذكرة قال : إنّ جواز أخذها على هذا القصد جائز وادعى عليه الاجماع[2] ، فعلى هذا هل يضمن بالصدقة أم لا؟ ينبغي الضمان .

قوله : (وبين الاحتفاظ ولا ضمان) .

لأنه محسن و﴿ما على المحسنين من سبيل﴾[3] ، وهذا اذا كان أخذه لها على قصد الحفظ واضح ، فأما إن أخذها على قصد الالتقاط فكيف تكون يده يد امانة ، مع انه عادٍ باخذها؟

ويمكن أن يقال : إن الالتقاط لا يقتضي التملك جزماً ، ولهذا لا يملك لقطة غير الحرم بعد التعريف إلا بالبينة أو اللفظ على الخلاف ، ولا يدخل في ضمانه من أول الأمر؛ لأن مجرد أخذ اللقطة لا ينافي الحفظ دائماً ، فحينئذ تكون لقطة الحرم غير مناف للحفظ والامانة وإن حرم من حيث أن الالتقاط اكتساب .

ويشكل على هذا كون الأخذ محرماً فكيف يكون أمانة؟

قوله : (ملكه من غير تعريف) .

---

(١) التهذيب٦ : ٣٩٥ حديث ١١٩٠ .

(٢) التذكرة٢ : ٢٥٦ .

(٣) التوبة: ٩١.

ولو وجد المالك فالأقرب الضمان ، وإن كان أزيد من ذلك وجب تعريفها حولاً ، ثم إن شاء تملّك أو تصدّق وضمن فيهما ، وإن شاء احتفظها للمالك ولا ضمان .

في عبارة ابن ادريس : إنه يباح له[١] .

فرع : لو كانت الشاة وغيرها من الضوال التي يجوز التقاطها وتملكها قيمتها دون الدرهم ، هل يجوز تملكها من غير تعريف ، كما في دون الدرهم من العروض والأثمان ، أو ما يجب تعريفه من الضوال لا يفرق فيه بين القليل والكثير عملاً بالإطلاق ، ولانفراد كل من الأموال والضوال عن الآخر في الأحكام ، فلا يجري حكم القليل من الأموال على الضوال؟ الظاهر الثاني .

قوله : (ولو وجد المالك فالأقرب الضمان) .

وجه القرب : إنه تصرف في ملك المالك بغير اذنه فيضمنه ، ولعموم قوله عليه السلام : « فاذا جاء طالبه رده اليه »[٢] . وقال الشيخ[٣] ، وأبو الصلاح : لا يضمن لثبوت الملك شرعاً فلا عوض[٤] ، والضمان قوي[٥] .

اذا تقرر ذلك فما الذي يجب رده على المالك اهو العين مع بقائها ، أم القيمة؟ كل منهما محتمل ، وعبارة الكتاب ظاهرة في رد القيمة مطلقاً .

والمفهوم من عبارة التذكرة وجوب رد القيمة اذا نوى التملك وإن بقيت العين ، وإن لم ينوه رد العين[٦] . وهذا يؤذن بأن التقاط القليل ليس بمنزلة حيازة سائر المباحات تملك بمجرد الحيازة ، بل لا بد من نية التملك كالكثير

---

(١) السرائر: ١٧٨ .
(٢) الكافي٥ : ١٣٩ حديث١٠ ، التهذيب٦ : ٣٩٢ حديث ١١٧٥ .
(٣) النهاية: ٣٢٠ .
(٤) الكافي في الفقه: ٣٥١ .
(٥) في «ق»: أقوى .
(٦) التذكرة٢ : ٢٦٢ .

ويكره التقاط ما تقل قيمته وتكثر منفعته كـالعصا ، والشظاظ ، والوتد ، والحبل ، والعقال ، وشبهها .

وأخذ اللقطة مطلقاً مكروه ، ويتأكد للفاسق ، وآكد منه المعسر .

ويستحب الإشهاد .

بعد التعريف ، وفيه تردد .

والفرق ظاهر[1] فإنّ أخذ الكثير لما لم يصلح لكونه سبب الملك؛ لاشتراط التعريف ، وجب لحدوث الملك وجود سبب؛ لامتناع انتقال الملك من مالك الى آخر بغير سبب ناقل ، بخلاف القليل فإنه لا مانع من كون حيازته سبباً للملك .

ثم انه لا منافاة بين وجوب رد العين وحصول المالك؛ لامكان كون الملك متزلزلاً ، أو حدوث التزلزل له بوجود المالك ، كالمبيع قبل القبض اذا اجتمعت اسباب لزومه ثم حدث فيه عيب .

والذي يقتضيه الدليل وجوب رد العين مع بقائها؛ لعموم الحديث ، واختاره في الدروس

ومع التلف فضمان القيمة متجه؛ لأن تملكه وجواز تصرفه لا يقتضي انقطاع حق المالك من العين بالكلية .

قوله : (ويكره التقاط ما تقل قيمته وتكثر منفعته كالعصا ، والشظاظ ، والوتد ، والحبل ، والعقال) .

الشظاظ بالكسر : خشبة محدودة الطرف تدخل في عروق الجواليق لتجمع بينهما عند حملها على البعير ، والجمع اشظة . والعقال بالكسر : حبل تشد به قائمة البعير ، والوتد بكسر وسطه .

قوله : (ويستحب الاشهاد) .

---

(١) في «م» : واضح .

المطلب الثاني: في الأحكام : وهي أربعة :

الأول : التعريف : وهو واجب وإن لم ينو التملك سنة من حين الالتقاط ، وزمانه النهار دون الليل .

ولا يجب التوالي ، بل يعرّف كل يوم في الابتداء ، ثم كل اسبوع ثم كل شهر بحيث لا ينسى انه تكرار لما مضى . وايقاعه عند اجتماع

قد سبق ذكر هذا أول الفصل .

قوله : (المطلب الثاني في الأحكام : وهي أربعة :

الأول : التعريف واجب وإن لم ينو التملك) .

لأن ايصال المال الى مالكه لا يكون بدون التعريف ، واسقط الوجوب في المبسوط اذا نوى الحفظ .

قوله : (ولا يجب التوالي ، بل يعرّف كل يوم في الابتداء . ثم كل اسبوع ، ثم كل شهر) .

مقتضى قوله : (ثم كل اسبوع) أن يعرّف كل يوم الى سبعة أيام؛ لأن الظاهر أن المراد اسابيع الشهر ، فالاكتفاء بتعريف واحد في الاسبوع إنما يكون في الاسبوع الثاني . وكذا قوله : (ثم كل شهر) يقتضي أن يكون الشهر الأول مستوعباً بالأيام ثم بالاسابيع ، فيكون الاكتفاء بتعريف في مجموع الشهر إنما يكون في الشهر الثاني .

قوله : (بحيث لا ينسى أنه تكرار لما مضى) .

لا محصل للتقييد بهذه الحيثية؛ لأن التعريف الذي ذكره إن كان بحيث لا ينسى كون الثاني منه تكرارا لما مضى فلا معنى للتقييد ، وإن لم يكن كان غير

الناس وظهورهم كالغدوات والعشيات وأيام المواسم ، والمجتمعات كالأعياد وأيام الجمع ودخول القوافل . ومكانه : الأسواق ، وأبواب المساجد ، والجوامع ، ومجامع الناس ويتولاه بنفسه ونائبه وأجيره ،

معتبر ، أو كان القيد غير صحيح . ولو قال : عرّفه سنة على وجه لا ينسى أن الثاني تكرار ، لما مضى ، ونحوه لكان له وجه .

ويمكن أن يكون اشار بالحيثية الى معنى آخر ، وهو أن المذكور بخصوصه غير واجب ، فكأنه قال : إن الواجب التعريف بهذا وما جرى مجراه ، والضابط كونه بحيث لا ينسى الى آخره .

وفي التذكرة قال : إنه يعرّف في الابتداء في كل يوم مرتين في طرفي النهار ، ثم في كل يوم مرة ، ثم في كل اسبوع مرة أو مرتين ، ثم في كل شهر بحيث لا ينسى كونه تكراراً لما مضى . ثم قال : وبالجملة فلم يقدّر الشرع في ذلك سوى المدة التي قلنا انه لا يجب شغلها به ، فالمرجع حينئذ في ذلك الى العادة[1] .

وقال في الدروس : ينبغي أن يعرّف كل يوم مرة أو مرتين من الاسبوع الأول ، ثم في الاسبوع مرة ، ثم في الشهر مرة ، والضابط أن يتابع بينهما بحيث لا ينسى اتصال الثاني بمتلوه[2] ، وهذا مشير الى ما قلناه .

وقال في التذكرة : ينبغي المبادرة الى التعريف من حين الالتقاط ؛ لأن العثور على المالك في ابتداء الضياع اقرب[3] ، والظاهر أن ذلك على طريق الوجوب كما صرح به بعد ذلك .

قوله : (ويتولاه بنفسه ونائبه وأجيره) .

لا يجب أن يتولى التعريف بنفسه ؛ لأن الغرض الاشهاد والاعلان ،

---

(١) التذكرة٢ : ٢٥٨ .

(٢) الدروس : ٣٠٢ .

(٣) التذكرة٢ : ٢٥٨ .

والأجرة عليه وإن نوى الحفظ .

والأقرب الاكتفاء بقول العدل ،

فيجوز أن يوليه غلامه ومملوكه واجيره ونائبه . والمراد به الذي لا أجرة له ، سواء كان عدلاً أم لا ، لكن لا يركن الى مجرد قول غير العدل ، بل لا بد من اطلاعه أو اطلاع من يعتمد على خبره .

قوله : (والأجرة عليه وإن نوى الحفظ) .

أي : أجرة التعريف على الملتقط ، سواء التقط للتملك بعد التعريف أو للحفظ ابدا؛ لأنه حق واجب عليه فتكون اجرته عليه .

وقال في التذكرة : لو قصد الحفظ حين الالتقاط أبداً فالأقرب أنه لا يجب على الملتقط أجرة التعريف ، بل يرفع الأمر الى الحاكم ليبذل أجرته من بيت المال ، أو يستقرض على المالك ، أو يأمر الملتقط بالاقتراض ليرجع ، أو يبيع بعضها إن رآه اصلح أو لم يمكن إلا به[1] .

وما ذكره وجيه؛ لأن ذلك لمحض مصلحة الملك؛ ولانه محسن و﴿ما على المحسنين من سبيل﴾[2] فهو كالانفاق .

فان قيل : ليس التعريف لمحض مصلحة المالك؛ لأنه بعد حصوله يسوغ له التملك وإن لم يقصده فيكون لمصلحته أيضاً .

قلنا : المقصود بالذات في ذلك مصلحة المالك ، ومصلحة الملتقط بالتبعية غير مقصودة ، فعلى هذا لو لم يجد الحاكم يمكن أن يقال : يدفع الأجرة ويرجع اذا نوى الرجوع .

قوله : (والأقرب الاكتفاء بقول العدل) .

وجه القرب : إن العدل موثوق بخبره ، ولأن مثل ذلك مما يعسر إقامة

---

(١) التذكرة٢ : ٢٥٨ .

(٢) التوبة : ٩١.

ففي وجوب الأُجرة حينئـذ نظر . ويذكر في التعريف الجنس كالذهب أو الفضة ،

البينة عليه ، ولأنه بالاستنابة يصير ذا ولاية على ذلك فيقبل قـوله . ويحتمـل العدم؛ لأن خبر العدل لا يثمر اليقين ، ولـم تثبت حجيته شرعاً ، وفي الاكتفاء قوة وخصوصاً مع شهادة القرائن بصدقه .

قوله : (ففي وجوب الأُجرة حينئذ نظر) .

أي : يتفرع على الاكتفاء في خروج الملتقط من عهدة وجوب التعريف بقول العدل الواحد وجوب الأُجرة عليه ، ففي وجوبها نظر .

ولو قرىء : (وفي وجوب الأُجرة) بالواو كمـا في بعض النسخ لكـان حسناً؛ لأن معنى (حينئذ) تفرع النظر في وجوب الأُجرة على القول بالاكتفاء بخبر العدل ، إذ لو نفينا قبوله لم يكن في عدم وجوب الأُجرة بحث .

ومنشأ النظر : من أن الاكتفاء بقوله يقتضي وقوع الفعل الذي هو متعلق الأُجرة ، فتجب الأُجرة لترتبها على وقوعه . ومن حيث أن خبره لا ينهض حجة على شغل ذمة الغير بمال وإن قيل في سقوط التلكيف بالنسبة الى الملتقط الذي لولاه للزم الحرج ، والأصح عدم وجوب الأُجرة بذلك .

اذا تقرر هذا ، فهل يكون الاكتفاء بقول العدل الواحد على كل تقدير ، سواء كان بأُجرة أم لا ، بل يقتصر في قبوله على ما اذا كان متبرعا؟ يحتمـل الثاني؛ لأنه متهم في خبره إذ يلزم منه اثبات حق له على الغير ، ولأنه اذا رد بالنسبة الى الأُجرة كان مردوداً في نظر الشارع ، فلا يسمع حينئذ في سقوط التكليف بالتعريف ، فيقتصر في الاكتفاء على قول العدل المتبرع ، ويحتمل عدم الفرق . وعدم قبول خبره في بعض الأشياء لا يقتضي رده ، ولا عدم قبوله مطلقاً .

قوله : (ويذكر في التعريف الجنس كالذهب والفضة) .

وإن أوغل في الإبهام كان أحوط بأن يقول : من ضاع له مال او شيء .

وينبغي أن يعرّفها في موضع الالتقاط ،ولا يجوز أن يسافر بها فيعرّفها في بلد آخر .

ولو التقط في بلد الغربة جاز أن يسافر بها الى بلده بعد التعريف في بلد اللقطة ، ثم يكمّل الحول في بلده .

أي : ينبغي أن لا يذكر في التعريف الأوصاف ، بل ينبغي له أن يقتصر على الجنس بدليل قوله : (وإن أوغل في الابهام كان أحوط) اوغل في الشيء : اذا أمعن فيه ، وإنما كان الايغال في الابهام أحوط؛ لأنه أبعد أن يدخل عليها بالتخمين ، واحفظ لها من ادعاء الكذب .

قوله : (وينبغي أن يعرّفها في موضع الالتقاط) .

الحكم على الوجوب لرواية اسحاق بن عمار، عن الكاظم عليه السلام : عن رجل ينزل في بعض بيوت مكة فوجد نحواً من سبعين درهما مدفونة ، فلم يزل معه ، ولم يذكرها حتى قدم الكوفة كيف يصنع؟ قال : « يسأل عنها أهل المنزل لعلهم يعرفونها » قلت : فإن لم يعرفوها؟ قال : « يتصدق بها » .

قوله : (ولا يجوز أن يسافر بها فيعرّفها في بلد آخر) .

أي : لا يجوز أن يسافر بها من بلده الذي موضع الالتقاط؛ لتعلق وجوب التعريف به في ذلك البلد ، وللحديث السابق ، ولأن الذي يرجى به وصولها الى مالكها غالباً هو التعريف في موضع الالتقاط؛ لأن الغالب طلب المالك لها في موضع الضياع ، ولو أراد السفر فوّض التعريف الى غيره ولا يسافر بها ، ذكره في التذكرة .

قوله : (ولو التقط في بلد الغربة جاز أن يسافر بها الى بلده بعد التعريف في بلد اللقطة ، ثم يكمل الحول في بلده) .

ولـو التقط في الصحراء عـرّف في أي بلد شاء ، ومـا لا بقاء لـه كالطعام يقوّمه على نفسه وينتفع به مع الضمان ، وله بيعه وحفظ ثمنه ولا ضمان ، أو يدفع الى الحاكم .

ثم يذكر مقدار التعريف في بلد الالتقاط ، ولا وقفت على تعيين مقدار منه . ويمكن أن يقال : يجب المقدار الذي يفيد الاشهاد والاعـلان في بلد الالتقاط ، ثم يكمّل الباقي في بلده ، إذ من المعلوم أن المرة والمرتين في حكم مالا أثر له .

قوله : (ولو التقط في الصحراء عرّف في أي بلد شاء) .

إذ لا أولوية لبلد على آخر ، ولا يجب أن يغيّر قصده ويعدل الى اقرب البلاد الى ذلك الموضع ، أو يرجع الى مكانه الذي انشأ السفر منه . نعم إن اجتازت به قافلة عرّفها فيهم ، صرح بذلك كله المصنف في التذكرة ، وقال بعض الشافعية يعرّفها في اقرب البلدان اليه .

قوله : (وما لا بقاء له كالطعام يقوّمه على نفسه وينتفع به مع الضمان ، وله بيعه وحفظ ثمنه ولا ضمان ، أو يدفع الى الحاكم) .

لا ريب أنه اذا دفعه الى الحاكم برىء ، لكن اذا اراد تقويمه على نفسه ، أو البيع وحفظ الثمن فهل يجب استئذان الحاكم؟ اطلاق العبارة هنا يؤذن بعدم اشتراط الرجوع الى الحاكم .

وفي التذكرة منع من البيع بنفسه ؛ لأنه لا ولاية له في ذلك ، واطلق جواز الأكل وحفظ الثمن[1] . والفرق مشكل ، فأما أن يشترط الرجوع الى الحاكم فيهما ، أو لا فيهما .

ولا ريب أنه لا يجوز له ابقاء ذلك ؛ لأنه يتلف فيضمن لتقصيره ، ومراجعة

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٦٠ .

ولو افتقر بقاؤها الى العلاج كالرطب المفتقر الى التجفيف باع الحاكم الجميع أو البعض لإصلاح الباقي .

ولو أخر الحول الأول عرّف في الثاني ، وله التملك بعده على أشكال .

الحاكم فيهما أوجه، فإن لم يجده استقل بكل من الأمرين حذراً من تلف العين ، وقد صرح بهذا في التذكرة في المسألة التي تلي هذه[1] .

قوله : (ولو افتقر بقاؤها الى العلاج ،كالرطب المفتقر الى التجفيف باع الحاكم الجميع ، أو البعض لإصلاح الباقي) .

وجوباً حذراً من تلف العين، ويجب على الملتقط رفع الأمر اليه ليعتمد الواجب ، ومع عدم الحاكم فليس ببعيد تولي ذلك بنفسه؛ لأن الاخلال بذلك مفض الى التلف ، وهو ممنوع منه .

قوله : (ولو أخّر الحول الأول عرّف في الثاني ، وله التملك بعده على اشكال) .

ينشأ : من أن تملك مال الغير على خلاف الأصل ، فيقتصر فيه على موضع اليقين[2] . ومن عموم النص : بأن تعريف اللقطة حولاً مبيح لجواز تملكها[3] .

وربما احتج بقول أحدهما عليهما السلام في صحيحة محمد بن مسلم : « فإن ابتليت بها فعرفها سنة ، فإن جاء طالبها وإلا فاجعلها في عرض مالك »[4] . ووجه الاستدلال : إن الفاء تدل على التعقيب ، فيكون جعلها في

---

(١) المصدر السابق .

(٢) في «م» : التعيين .

(٣) الكافي ٥ : ١٣٧ حديث٢ ، التهذيب٦ : ٣٨٩ حديث ١١٦١ ، الاستبصار٣ : ٦٧ حديث ٢٢٥ .

(٤) التهذيب ٦ : ٣٩٠ حديث ١١٦٥ ، الاستبصار ٣ : ٦٨ حديث ٢٢٥ .

الثاني: الضمان : وهي أمانة في يد الملتقط أبداً ما لم ينو التملك أو يفرط ، ولو نوى التعريف والتملك بعد الحول فهي أمانة في الحول مضمونة بعده .

ولو قصد الخيانة بعد قصد الأمانة ضمن بالقصد وإن لم يخن ، بخلاف المودع لتسليط المالك هناك .

ولو نوى التملك ثم عرّف سنة فالأقرب جواز التملك ،

جملة مال الملتقط موقوفاً على التعريف الفوري .

ويضعّف بأن اللفظ يدل على أن التعريف معتبر في التملك ، ولا دلالة له على اشتراط الفور فيه وإن كان الفور مستفاداً من الفاء ، ولا يلزم من وجوبه اشتراطه ، والمتبادر من اللفظ : فاذا عرفتها سنة ولا يجيء طالبها فاجعلها في عرض مالك ، وتقدير شيء زائد لا دليل عليه ، والأصح أن له التملك بعد التعريف .

قوله : (وهي أمانة في يد الملتقط أبداً ما لم ينو التملك أو يفرّط ، ولو نوى التعريف والتملك بعد الحول فهي أمانة في الحول مضمونة بعده) .

لأنه يملكها بعد الحول .

قوله : (بخلاف المودع ، لتسليط الحاكم هناك) .

قد سبق في الوديعة بيان الفرق .

قوله : (ولو نوى التملك ، ثم عرّف سنة فالأقرب جواز التملك) .

أي : لو أخذها بقصد التملك ، وعرّفها التعريف المعتبر متصلاً بالأخذ فيكون قوله : (ثم عرّف سنة) لا يراد منه التراخي على الأخذ ، فلا تكون (ثم) على بابها ، فالأقرب له أن يتملكها .

ووجه القرب حصول المقتضى ، وهو الالتقاط والتعريف على الوجه

وبنية التملك يحصل الضمان وإن لم يطالب المالك على رأي .

المأمور به على الفور ، ولا مانع إلا ما يتخيل من نية التملك ، وهو لا يصلح للمانعية؛ للأصل ، ولا دليل على مانعيته ، وهو الأصح .

ويحتمل العدم؛ لأنه بالنية المذكورة أخذ مال الغير على وجه لا يجوز ، فكان كالغاصب . ويرده اطلاق النصوص ، والضمان لا ينافي جواز التملك مع حصول الشرط .

قوله : (وبنية التملك يحصل الضمان وإن لم يطالب المالك على رأي) .

هذا اختيار ابن سعيد ، وقال الشيخ في المبسوط : إنه يلزم الملتقط الضمان عند مطالبة المالك؛ لقوله عليه السلام : « فإن جاء صاحبها فليردها ، وإلّا فهو مال الله يؤتيه من يشاء » .

وردّ بأن المطالبة تقتضي سبق الاستحقاق ، وبأن تملك مال الغير بغير اذنه يقتضي الضمان ، وفيه نظر؛ لأن اقتضاء المطالبة سبق الاستحقاق صحيح ، لكن لا يلزم منه ثبوت الضمان قبل مجيء المالك ، بل غايته أنه اذا جاء المالك فطالب استحق حينئذ .

وتمنع الكلية في أن كل تملك لمال الغير يقتضي الضمان ، ثم ان تملك مال الغير بغير اذنه إن جاز شرعاً ، ولم يشترط الشارع فيه قبول العوض وجب أن لا يثبت في الذمة به عوض؛ لانتفاء المقتضي وعدم النص عليه ، والأصل براءة الذمة؛ ولأنه يبعد ثبوت عوض في ذمة الغير على جهة القهر مع بقاء العين .

والذي يقتضيه النظر ويرشد اليه النص : إن العين متى كانت باقية وظهر المالك وطالب بها وجب ردها عليه ، ولا يبعد في ذلك بأن يكون ملك الملتقط إياها متزلزلاً . وإن جاء بعد تلفها وطالب وجب البدل من المثل ، أو القيمة يوم التلف ، أو يوم المطالبة على احتمال .

الثالث: التملك : وإنما يحصل بعد التعريف حولاً ، ونية التملك على رأي .

ورجّح في التحرير قيمة يوم التلف؛ لوجوب رد العين حينئذ ، وقد تعذر فيجب البدل[1] .

لا يقال : لو لم يجب العوض قبل ذلك لم تكن له المطالبة به؛ لأن العين قد تلفت على وجه غير مضمون لأنا نقول : لا يلزم من وجوب العوض قبل ذلك كون التلف غير مضمون؛ لإمكان أن يقال : المراد بضمان العين من حين تملكها كون المالك اذا جاء يرد عليه ، ومع تعذرها رد البدل ، وهذا كاف في صدق معنى الضمان .

والحاصل أن الملتقط يملكها ملكاً مراعى ، فيزول بمجيء صاحبها ، وهذا أعدل الأقوال؛ لأن فيه جمعاً بين الأدلة ، والأصل عدم أمر زائد عليه ، وقد اختار المصنف هذا في التحرير[2] ، وهو قوي متين .

فرع :

على القول بأن العوض ثبت في الذمة بالتملك كالقرض ، لو رد العين على المالك فهل يجب القبول؟ قال في التذكرة : نعم؛ لأنها لا تقصر عن المثل[3] . وهو مستقيم اذا قلنا : إنّ القيمي يثبت في الذمة مثله .

قوله : (وإنما يحصل بعد التعريف حولاً ونية التملك على رأي) .

هذا أحد اقوال الأصحاب؛ لأنه لا بد من سبب يقتضي نقل الملك ، والاصل عدم اشتراط التلفظ بشيء ، ولا دليل يدل عليه فتكفي نية التملك ،

---

(١) تحرير الاحكام٢ : ١٢٧ .

(٢) تحرير الأحكام٢ : ١٢٧ .

(٣) التذكرة٢ : ٢٦١ .

ولو قدّم قصد التملك بعد الحول ملك بعده وإن لم يجدد قصداً ،

وهو مختار الشيخ في المبسوط[1] ، والمصنف في المختلف[2] ، وهو الأصح .

والثاني : اشتراط أن يقول : اخترت تملكها ، ونحوه ، وهو قول الشيخ في الخلاف[3] ، وجماعة؛ لأن الملك يثبت حينئذ إجماعاً ، ولا دليل على ما سواه .

ويضعّف بأن حصول الملك لا شك فيه ، وتوقفه على سبب لا يستدعي سبباً معيناً ، والأصل عدم التعيين ، وذلك دليل على الاكتفاء بالنية ، فلا يستقيم نفي الدليل على ثبوت الملك بها ، وليس الدليل منحصراً في الاجماع .

والثالث : دخوله في الملك قهراً من غير احتياج الى أمر زائد على التعريف؛ لظاهر قول الصادق عليه السلام : « فإن جاء لها وطالب وإلا فهي كسبيل ماله »[4] والفاء للتعقيب ، وهو قول الشيخ في النهاية[5] ، وابن ادريس[6] .

ويضعّف بأن كونها كسبيل ماله لا يقتضي حصول الملك حقيقة كما لا يخفى ، فالمعتمد حينئذ الأول .

قوله : (ولو قدّم قصد التملك بعد الحول ملَك بعده وإن لم يجدد قصداً) .

أي : لو قصد قبل الحول التملك بعده ملَكَ في الوقت الذي تعلق القصد به؛ لأن المعتبر القصد وقد حصل ، ولا دليل على اشتراط مقارنته لحصول

---

(١) المبسوط٣: ٣٢٣.

(٢) المختلف: ٤٥٢.

(٣) الخلاف٢: ١٣٩ مسألة١٠ كتاب اللقطة.

(٤) الفقيه٣: ١٨٨ حديث ٨٤٩، التهذيب٦: ٣٩٦ حديث ١١٩٤.

(٥) النهاية: ٣٢٠.

(٦) السرائر: ١٧٩.

ولا يفتقر الى اللفظ ولا الى التصرف ، سواء كان غنياً أو فقيراً ، مسلماً أو كافراً .

أما العبد فيمتلك المولى ، ولو نوى التملك دون المولى لم يملك نعم له التصرف ويتبع به بعد العتق ومن انعتق بعضه حكمه حكم الحر في قدر الحرية ، وحكم العبد في الباقي .

الملك ، ولصلاحية القصد المذكور لكونه سبباً لحدوث الملك في الوقت الذي علق به .

قوله : (ولا يفتقر الى اللفظ ولا الى التصرف) .

لانتفاء الدليل .

قوله : (سواء كان غنياً أو فقيراً ، مسلماً أو كافراً) .

لاطلاق النصوص[١] ، وصلاحية كل واحد منهم للالتقاط لكونه اكتسابا .

قوله : (أما العبد فيتملك المولى) .

هنا حذف تقديره : أما العبد فيتملك لقطته المولى ؛ لأن العبد لا يملك .

قوله : (ولو نوى التملك دون المولى لم يملك ، نعم له التصرف ويتبع به بعد العتق) .

أي : لو نوى العبد التملك ، ولم تقع من المولى نية التملك لم يملك ، لكن يشترط أن لا يكون قد أذن له في التملك ، ولا فرق في عدم حصول الملك بذلك بين أن ينوي التملك لنفسه أو للمولى ، صرح به في التذكرة[٢] ، فإنه على كل من التقديرين إنما يقع الالتقاط منه للسيد .

---

(١) الفقيه٣ : ١٨٦ حديث٨٤٠ ، التهذيب٦ : ٣٨٩ ، ٣٩٠ حديث ١١٦٣ ، ١١٦٥ ، ١١٦٩ ، الاستبصار٣ : ٦٨ حديث٢٢٧ ، ٢٢٩ .

(٢) التذكرة٢ : ٢٥٣ .

. . . .

ولكن لا فرق في هذا الحكم بين أن نقول : العبد لا يملك مطلقاً أو يملك بتمليك السيد؛ لانتفاء التمليك من السيد حينئذ .

اذا تقرر هذا ، فإنه اذا نوى التملك لم يملك كما حققناه ، فإن العين في يده كالمقبوضة بالقرض الفاسد ، بناءً على أن التملك اذا صح يكون كالمأخوذ بالقرض الصحيح ، فيثبت العوض من أول الأمر كما هو مختار المصنف .

فعلى هذا هل يباح[1] له التصرف؟ ظاهر قوله في الكتاب : (نعم له التصرف) يقتضي ذلك؛ لأن له التصرف بالمباحات اذا حازها كشرب الماء ، واكل الخضراوات المباحات ، ولحوم الصيود ، ونحوها من غير توقف على اذن السيد ، واللقطة كأحدها . وفيه نظر؛ لأن اللقطة مال الغير فلا يحل التصرف فيها إلا بعد التملك ، فينبغي توقف ذلك على إذن المولى ، فاذا أذن له في التصرف فمقتضى ما ذكرناه دخوله في ملك السيد؛ لاستلزام الاذن له ، ويحتمل العدم؛ لأنه أعم منه .

وعلى هذا التقدير لا يفيد الاذن إباحة التصرف؛ لأن اللقطة باقية على ملك الغير ، فلا يحل التصرف فيها بحال ، ومتى تلفت العين في يد العبد بعد نية التملك كانت مضمونة عليه يتبع بها بعد العتق ، كل هذا مع عدم الاذن في الالتقاط ولا في التملك .

ويمكن تنزيل اطلاق المصنف أن له التصرف على أحد أمرين : إما كون اللقطة دون الدرهم ، فإنها كسائر المباحات حقيقة ، ولا تحتاج الى نية التملك ، وهو خلاف الظاهر من العبارة ، إذ الظاهر[2] منها أن هذا فيما كان درهماً فصاعداً باعتبار ما قبله .

---

(١) في «ق»: يجوز.
(٢) في «ق»: المتبادر.

ولو نوى أحد الملتقطين اختص بملك نصيبه .

وهل يملكها مجاناً ويتجدد وجوب العوض بمجيء مالكها ، أو بعوض ثبت في ذمته ؟ اشكال . والفائدة : وجوب عزلها من تركته ، وأستحقاق الزكاة بسبب العزم ، ووجوب الوصية بها ، ومنع وجوب الخمس بسبب الدين على التقدير الثاني .

وإما كون التصرف بنحو ركوب الظهر ، وشرب اللبن ، وتحمل الدابة ، ونحو ذلك فإنه يجوز للملتقط ، والعبد ملتقط حقيقة ، فلا يتوقف على الاذن . أما مطلق التصرف فلا يتجه ، ومن هذا يعلم أن العبارة لا تخلو من مناقشة .

قوله : (وهل يملكها مجاناً ، ويتجدد وجوب العوض بمجيء مالكها ، أو بعوض يثبت في ذمته؟ اشكال) .

أي : هل يملك الملتقط اللقطة مجاناً؟ إي : بغير عوض ، ثم عند المطالبة من المالك يتجدد وجوب العوض ، أو يملكها من أول الأمر بعوض يثبت في ذمته؟ فيه اشكال ، وهذه المسألة بعينها هي التي تقدمت في قوله : (وبنية التملك يحصل الضمان . . .)

فمنشا الاشكال هو ما سبق بيانه هناك ، مع أنه قاصر عن بيان الوجوه المحتملة ، فإن من المحتمل هو أن يملكها ملكاً مراعى ، أي : متزلزلاً يزول بمجيء المالك ، ويجب البدل مع تعذر رد العين ، وهو مختاره في التحرير[1] .

ومنه أن يملكها ملكاً مستقرا ، ويجب العوض بمطالبة المالك ، وهو قول الشيخ في المبسوط[2] .

ومنه أن يملكها بعوض كالقرض الصحيح ، وهو مختار المصنف هنا على

---

(١) التحرير٢ : ١٢٧ .

(٢) المبسوط٣ : ٣٢٣ .

. . . .

ما يرشد اليه ظاهر كلامه السابق ، وإن كان قد تردد هنا فهو مناقشة ثالثة .

ويبعد أن يكون رجوعاً الى التردد عن الجزم ، وكأن المصنف حاول في الأول بيان أن الملك للملتقط يثبت مستقراً ، ثم اظهر التردد في أن العوض متى يلزمه ، إذ لا شبهة في أن المالك له استحقاق في ماله اذا علم ، كما صنع في التذكرة[1] فلم تساعده العبارة ، وتظهر فائدة الاحتمالين اللذين ذكرهما في أمور :

الأول : وجوب عزلها من تركته وإن لم يجيء المالك؛ لأنها دين فيجب فيها ما يجب في الدين على الثاني دون الأول .

الثاني : استحقاق الزكاة بسبب الغرم قبل المطالبة على الثاني أيضاً .

الثالث : وجوب الوصية بها على الثاني .

الرابع : منع وجوب الخمس بسبب الدين قبل المطالبة؛ لأنها دين فيستثنى من الارباح على الثاني أيضاً . وربما قيل : إن المراد عدم وجوب الخمس فيها على الثاني؛ لأنها في معنى القرض ، وهو صحيح ، إلا أن العبارة قد تأباه .

وينبغي أن يقال : لا يجب الخمس فيها مطلقاً؛ لأنها بمعرض وجوب العوض ، ولأن ملكها متزلزل فلا يعد اغتناما حقيقياً ، ولأنها منتقلة عن مالكٍ بخلاف مباحات الأصل .

الخامس : تقسيط التركة مع القصور واموال المفلس على عوضها وعلى باقي الديون على الثاني خاصة دون الأول .

السادس : اندراجه في النذر والوصية والوقف على المديونين قبل مجيء

---

(١) التذكرة٢ : ٢٦٥ .

وتملك العروض كالأثمان ، ولا يجوز التملك إلّا بعد التعريف وإن بقيت في يده أحوالاً .

ويكفي تعريف العبد في تملك المولى لو أراده .

وما يوجد في المفاوز ، أو في خربة قد باد أهلها فهو لواجده من غير تعريف إن لم يكن عليه أثر الإسلام ، وإلّا فلقطة على اشكال .

المالك على الثاني خاصة ، وبالجملة فكل حكم يتعلق بالمديون يتعلق به قبل مجيء المالك على الثاني خاصة ، والمعتمد ما قدمناه .

قوله : (وتملك العروض كالاثمان) .

وفي احدى الروايتين عن أحمد[1] : لا يملك العروض بالتعريف ، بل يعرّفها دائماً عند بعض ، أو يتخير بينه وبين دفعها الى الحاكم عند آخرين ، وهو غلط .

قوله : (وإلّا فلقطة على اشكال) .

أي : وإن كان عليه أثر الاسلام فاشكال ينشأ : من عموم صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام : ان الواجد ربما وجد في الخربة[2] ، ومن أن أثر الاسلام يقتضي سبق يد للمسلمين ، فتكون لقطة يجب تعريفها .

ويشكل بأن أثر الاسلام قد يصدر من غير المسلمين ، إلا أن يقال : إن ضميمة الدار اليه تؤيد كونه للمسلمين ، ولأنه اشهر واقرب الى تعين[3] البراءة ، وعليه تنزل رواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام[4] ، وهو الأقرب . ويتحقق اثر الاسلام بإحدى الشهادتين اذا كانت مكتوبة عليه ، وكذا

---

(١) المغني لابن قدامة٦ : ٣٥٧ .

(٢) التهذيب٦ : ٣٩٠ حديث ١١٦٥ .

(٣) في «م» : يقين .

(٤) التهذيب٦ : ٣٩٨ حديث ١١٩٩ .

وكذا المدفون في أرض لا مالك لها ، ولو كان لها مالك فهو له ، ولو انتقلت عنه بالبيع اليه عرّفه ، فإن عرفه فهو أحق به ، وإلاّ فهو لواجده ، وهل يجب تتبع من سبقه من الملاّك ! اشكال .

اسم سلطان من سلاطين الاسلام ، ونحو ذلك ، وهذا اذا كان في بلاد الاسلام كما سبق في الخمس .

قوله : (وكذا المدفون في أرض لا مالك لها) .

أي : الحكم فيما لا أثر عليه وفيما عليه أثر كما سبق ، فيكون في الثاني اشكال .

قوله : (ولو انتقلت عنه بالبيع عرّفه ، فإن عرفه فهو احق به ، وإلا فهو لواجده) .

لانتفاء يد الثاني عنه ، فتكون اليد فيه للأول ، فاذا عرفه بأنه له كان أحق به ووجب تسليمه اليه؛ لأنه صاحب يد ، ولقول أحدهما عليهما السلام في صحيحة محمد بن مسلم : « إن كانت الدار معمورة فهو لأهلها ، وإن لم يعرفه فهو لواجده »[1] فينبغي أن يقال : إن لم يكن عليه أثر الاسلام وإلا فبعد التعريف .

قوله : (وهل يجب تتبع من سبقه من الملاّك اشكال) .

ينشأ : من وجود المقتضي ، وهو كونه قد كان في يده ، ولم يعلم الانتقال عنه . ومن اطلاق قولهم إنه للمشتري اذا لم يعرفه البائع ، وهو ضعيف ، والأول اقوى . ولا فرق بين انتقال الملك بالبيع ، أو بغيره من وجوه الانتقالات في وجوب التعريف ، فإن لم يعرفه أحد منهم فهو للمشتري قطعاً ، لكن ينبغي أن يكون مع أثر الاسلام لقطة ، وقد صرح بذلك في الدروس في باب الخمس[2] ، وهو المعتمد .

---

(١) التهذيب٦ : ٣٩٠ حديث ١١٦٥ .

(٢) الدروس : ٦٨ .

وكذا التفصيل لو وجده في جوف الدابة ،

قوله : (وكذا التفصيل لو وجده في جوف دابة) .

فإنه يجب أن يعرّفه البائع وغيره ممن كان مالكاً قبل ، فإن عرفه فهو له ، وإلا فمن قبله (كما سبق)[١] فإن لم يعرفه أحد منهم فهو للواجد عند علمائنا ، اسنده في التذكرة اليهم واحتمل كونه لقطة[٢] .

وينبغي أن يقال : مع وجود أثر الاسلام يكون لقطة ، لكن في صحيحة علي بن جعفر قال : كتبت الى الرجل أسأله عن رجل اشترى جزوراً أو بقرة للاضاحي ، فلما ذبحها وجد في جوفها صرّة فيها دراهم أو دنانير أو جواهراً لمن تكون؟ قال : فوقّع عليه السلام : « عرِّفها البائع فإن لم يكن يعرفها فالشيء لك رزقك الله إياه »[٣] وظاهرها يقتضي الاقتصار على تعريف البائع .

ويمكن أن يقال : مع وجود الأثر فوجوب التعريف مستفاد من الادلة الدالة على التعريف مطلقاً[٤] ، وفيه بحث ، وإنما وجب تعريف البائع لسبق يده وإمكان كون ذلك من ماله؛ لأنه مال مملوك في الأصل .

والظاهر أن الجوهر له؛ لبعد وجود الجوهر في الصحراء واعتلافه ، ولو كان الحيوان وحشياً في الأصل وقد ربّاه المالك عنده ، وكذا السمكة في حضيرة يختص به في بيته ، ونحو ذلك لم يبعد الحاقة بالدابة .

---

(١) لم ترد في «م».

(٢) التذكرة٢ : ٢٦٥ .

(٣) الكافي٥ : ١٣٩ حديث٩، الفقيه٣: ١٨٩ حديث ٨٥٣، التهذيب ٦: ٣٩٢ حديث ١١٧٤، وفيها جميعا: عبدالله بن جعفر، وهو الصحيح. قال السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٦ : ١٧٨ : وقد سها القلم في جامع المقاصد فأثبت علي بن جعفر مكان عبدالله بن جعفر الحميري، وتبعه على ذلك الشهيد الثاني في الروضة وموضعين من المسالك.

(٤) الكافي٥ : ١٣٧ حديث٤، التهذيب ٦ : ٣٩٦ حديث ١١٩٤ .

أما لو وجده في جوف السمكة فهو لواجده وتحته دقيقة .

قوله : (أما لو وجده في جوف سمكة فهو لواجده وتحته دقيقة) .

أي : لو وجد مالاً ، فمرجع الضمير في هذا ، وفي قوله : (لو وجده في جوف دابة) ما دل عليه ، وما يوجد في المفاوز في جوف سمكة فهو لواجده ، واطلق الأصحاب ذلك[1] .

وفصّل بعض العامة فقال : إن كانت السمكة قد انتقلت بالبيع من الصيّاد فوجدها المشتري ، ولم يعلم الصياد بها فهي للصياد؛ لأنها قد دخلت في ملكه ولم يرض ببيعها إذ لم يعلم بها . واصحابنا على أنها للمشتري ، وهو المختار؛ لأنها لم تدخل في ملك الصّياد ، إذ لم يعلم بها ، فإن الملك فرع القصد الى الحيازة ، وهو منتف مع عدم العلم .

واشار المصنف بقوله : (وتحته دقيقة) على ما ذكروه الى أن تملك المباحات يحتاج الى النية ، إذ لولا ذلك لكانت للصياد .

ويمكن أن يقال : هذا يدل على أن من لم يعلم بالمباح لم يملكه ، ولا يدل على اشتراط نية التملك؛ لإمكان أن لا يعد ذلك حيازة ، لأن حيازة الشيء أخذه وحفظه والاختصاص به ، ولا يكون ذلك إلا مع العلم .

وكذا لو كان الموجود في جوفها شيئاً مما يخلق في البحر كالعنبر وشبهه ، ولو كان الموجود في جوفها دراهم أو دنانير ، أو درة مثقوبة ، أو فيها ذهب أو فضة ، أو غير ذلك مما يكون أثر الآدمي فقد قال احمد : إنه لقطة ، ونفى عنه الباس في التذكرة .

وفي التحرير : إنه إن وجد ذلك الصيّاد فهو كالملتقط يجب عليه التعريف ولا كلام فيه ، وإن وجده المشتري فعليه التعريف ، ثم قال : واطلق علماؤنا

---

(١) منهم الشيخ المفيد في المقنعة: ٩٩، وابن حمزة في الوسيلة: ٣٢٥، والعلامة في التذكرة ٢: ٢٦٥.

. . . .

القول في ذلك فاوجبوا تعريف البائع فإن عرّفها فهي له ، وإلا اخرج الخمس وحل له الباقي ، ولم يجعلوه كاللقطة[١] .

والذي حققه في المختلف : إن الموجود إما أن يكون عليه أثر الاسلام أو لا ، فإن كان وجب تعريفه من البائع وغيره؛ لسبق ملك المسلم عليه ، ويكون حكمه حكم اللقطة؛ لأنه مال مسلم ضائع فوجب التعريف حولاً إذ الحيوان هنا كالآلة ، وإن لم يكن عليه أثره فقال بعد كلام طويل : ليس عندي بعيداً من الصواب القول بوجوب التعريف لما يجد في بطن الدابة مطلقا ، سواء كان عليه أثر الاسلام أم لا ، وكذا ما يجده في بطن السمكة مما ليس اصله البحر ، أما اذا كان اصله البحر فلا[٢] .

واقول : إن الذي يقتضيه النظر ان الموجود في جوف الدابة يجب تعريفه بائعها ومن قبله ، فإن لم يعرفه أحد منهم فهو لقطة ، ولا يعد ركازاً كما في الموجود في الدار ، وإن كان في جوف السمكة المأخوذة من غير المياه المحصورة ، وليس عليه أثر ملك مالك للواجد على ظاهر مذهب الاصحاب ، وما عداه لقطة .

وأما السمكة المأخوذة من الماء المحصور فليس ببعيد كون ما في بطنها كالذي في بطن الدابة ، ثم إن كان محسوباً من البحر وملحقاً بالغوص يجب فيه الخمس دون ما سواه على ما ذكره المصنف في المختلف[٣] .

واعلم ان عبارة الكتاب غير محررة؛ لأن الموجود في جوف السمكة لا يكون لواجده وهو مشتريها من الصياد على اطلاقه ، كما هو مقتضى أول الكلام .

---

(١) التحرير٢ : ١٢٨ .

(٢) المختلف : ٤٥١ .

(٣) المصدر السابق .

ولو وجد في صندوقه أو داره مالاً ولا يعرفه فهو له إن لم يشاركه في الدخول غيره ، وإلّا فلقطة .

ولو دفع اللقطة الى الحاكم فباعها رد الثمن على المالك ، فإن لم يعرف بعد الحول ردها على الملتقط ؛ لأن له التملك والصدقة .

ومع ذلك فقوله : (وتحته دقيقة) لا ينطبق على ذلك؛ لأن الدقيقة هي أن تملك المباح يحتاج الى البينة وهذا إنما يكون في المخلوق في البحر فيكون مباحاً بالأصالة فلا ينتظم هذا مع أول الكلام .

فرع :

لو صاد غزالاً أو طائراً عليه آثار الملك كخيطة في عنقه ، أو قلادة ونحو ذلك فلقطة .

قوله : (إن لم يشاركه في الدخول غيره ، وإلا فلقطة) .

ينبغي أن يخص كونه لقطة بما اذا كان المشارك غير محصور ، فإن كان محصوراً فيجب تعريف المشارك خاصة ، لكن يشكل حينئذ كونه ملكاً له اذا لم يعرفوه مع كونه لا يعرفه ، فلذلك اطلق الأصحاب كونه لقطة مع الشريك .

قوله : (ولو دفع اللقطة الى الحاكم فباعها رد الثمن على المالك ، فإن لم يعرف بعد الحول ردها على الملتقط ، لأن له التملك والصدقة) .

لا ريب أن دافع اللقطة الى الحاكم يبرأ بذلك؛ لأنه ولي الغائب ، فاذا رأى المصلحة في بيعها فباعها ووجد المالك رد الثمن عليه والبيع صحيح ؛ لأن تصرف الحاكم مع المصلحة ماض ، وإن لم يعرف بعد التعريف حولاً وجب ردها على الملتقط؛ لأنه استحقها بالالتقاط . ويكفي تعريف الحاكم عن تعريفه؛ لأنه لا يجب أن يعرف بنفسه .

ولو وجد عوض ثيابه أو مداسه لم يكن له أخذه ، فإن أخذه عرّفه سنة ثم ملكه إن شاء ، إلا أن يعلم بشاهد الحال أنه تركه عوضاً فيجوز أخذه

والظاهر أنه لا فرق بين أن يلتقطه بنية الحفظ أبداً أو لا ، نعم لو عرف الحاكم منه أنه لا يريد أخذها حفظها هو أو تصدق بها ، ولا ريب أن للملتقط التخير بين : التملك ، والصدقة ، والحفظ . لكن يحتمل أن الحاكم لا يجب عليه الدفع اليه لاجل مجرد الحفظ؛ لأن حفظ اموال الغائبين الى الحاكم ، ولعل المصنف إنما لم يذكره لذلك .

والتحقيق : إن أصل الرد واجب؛ لأن للملتقط التملك فيجب الرد لاجله قطعاً ، أما الرد لأجل الصدقة والحفظ ففي وجوبه لكل منهما نظر ، ينشأ : من أن ولي الغائبين الحاكم ، ومن أن للملتقط ولاية خاصة لكل من الامرين .

قوله : (ولو وجد عوض ثيابه أو مداسه لم يكن له أخذه ، فإن أخذه عرّفه سنة ثم ملكه إن شاء) .

لو كان في الحمام أو المسجد ونحوهما ، فلم يجد ثيابه أو مداسه أو فراشه ، ولكن وجد مثل المفقود لم يكن له تملكه عوضاً عما ذهب له؛ لأنه مال الغير فلا يحل من دون طيب نفسه .

وقول المصنف : (ولو وجد عوض ثيابه . . .) لا يريد به العوض الحقيقي ، إذ لو تحقق كون مالكه قد عاوضه به جاز الأخذ قطعاً .

وقوله : (لم يكن له أخذه) يريد به على قصد العوض ، أما أخذه لقطة فجائز قطعاً ، فإن أخذه لم يكن إلا لقطة ، فيجب تعريفه سنة إن كان درهما فصاعداً ، فاذا عرّفه تملّكه إن شاء ، فإن جاء المالك قاصه بماله وتراد الفضل إن اوجبنا العوض ورضي الملتقط بجعل ماله عوضاً ، وإلاّ ترادا وكان للملتقط المطالبة بالأُجرة والنقص دون الآخر .

قوله : (إلا أن يعلم بشاهد الحال إن تركه عوضاً فيجوز أخذه حينئذ

حينئذ من غير تعريف .

ولو مات الملتقط عرّف الوارث حولاً وملكها ، والبحث فيه كالمورث .

من غير تعريف) .

لو علم المأخوذ ماله أن الآخذ قصد المعاوضه لم يحتج الى التعريف؛ لأن التعريف في الضائع ، ومع العلم بترك المالك قصداً لا يكون المال ضائعاً . ويكفي في هذا العلم شاهد الحال ، بأن يكون الذي للآخذ أردأ من الذي أخذه ، ويكون المأخوذ مما لا يشتبه على الآخذ بالذي له . كذا أو نحوه ذكر المصنف في التذكرة ، قال : وحينئذ يباح للواجد استعمالها ؛ لأن الظاهر أن صاحبها تركها له باذلاً له إياها عوضاً عما أخذه ، فصار كالمبيع له أخذها بلسانه[1] .

ولقائل أن يقول : إن تم ما ذكر من الدلالة على المعاوضة لم يكن للمأخوذ ماله التصرف في هذه الحالة ، إلا اذا رضي بتلك المعاوضة ، ومن الممكن أن لا يرضى ؛ لأن الفرض أن ماله أجود ، فكيف يستقيم اطلاقه جواز التصرف على ذلك التقدير .

ثم انه لم لا يجوز أن يتصرف بها مطلقاً ، سواء شهد الحال بأخذ الآخذ على قصد المعاوضة أو غلطاً؛ لأن الآخذ غاصب فيجوز للمأخوذ ماله التصرف في مقداره للحيلولة؛ فإن امكنه اثبات ذلك عليه عند الحاكم رفع الأمر اليه ، ليأذن له في الأخذ على الوجه المذكور ، وإلا استقل به على وجه المعاوضة .

قال المصنف في التذكرة بعد أن حكى عن الحنابلة رفع الأمر الى الحاكم ليبيعها ويدفع ثمنها اليه عوضاً عن ماله : وما قلناه أولى ؛ لأنه ارفق بالناس ، لأن فيه نفعاً لمن سرقت ثيابه لحصول عوضها له ، وللسارق بالتخفيف عنه من

---

(١) التذكرة٢ : ٢٦٦ .

ولو مات بعد الحول ونية التملك فهي موروثة ، ولو لم ينـو كان للوارث التملك والحفظ .

ولو فقدت من التركة في أثناء الحول أو بعده من غير نية التملك احتمل الرجوع في مال الميت ، وعدمه .

الاثم ، وحفظ هذه الثياب المتروكة من الضياع ، وقد ابيح لمن له على انسان حق من دين أو غصب أو غير ذلك أن يأخذ من مال من عليه الحق بقدر ما عليه اذا عجز عن استيفائه بغير ذلك[1] .

قلت : ما ذكرناه انفع وارفق ؛ لأنه شامل لجميع صـور الأخذ كما لا يخفى . ثم ان الأخذ على جهة المقاصة لا يتوقف على رضى من عليه الحق ، فلا يشترط شهادة الحال بقصد المعاوضة كما ذكره ، وما استشهد به من إباحة أخذ من له على انسان دين أو حق إنما ينطبق على ما ذكرناه .

نعم إن جوّز أن يكون الأخذ غير صاحب المتروك فالمتروك لقطة قطعاً ، إلا أنّ مقتضى كلامه التعويل على القرينة الدالة على أن الآخذ هو المتـروك ماله ، وما احسن عبارة الدروس بالنسبة الى هذا فإنه قال : ومن وجد عوض ثيابه أو مداسه فليس له أخذه ، إلا مع القرينة الدالة على أن صاحبها هو الذي أخذ ثيابه لكونها أدون وانحصار المشتبهين ، ومع عدم القرينة فهو لقطة[2] .

قوله : (وقد فقدت من التركة في أثناء الحول ، أو بعده من غير نية التملك احتمل الرجوع في مال الميت وعدمه) .

وجه الاحتمال الأول عموم قوله عليه السلام : « على اليد ما اخذت حتى تؤدي »[3] والأصل بقاء العين ، فاذا تعذرت وجب المصير الى بدلها ، ومن أنها

---

(١) المصدر السابق.

(٢) الدروس: ٣٠٣.

(٣) مستدرك الوسائل٢ : ٥٠٤ حديث ١٢ ، سنن البيهقي ٦ : ٩٥، سنن ابن ماجة ٢ : ٨٠٢ حديث ٢٤٠٠ ، مسند أحمد ٥ : ٨، ١٣ ، مستدرك الحاكم٢:٤٧، وفيها: حتى تؤديه، سنن الترمذي ٢ : ٣٦٨ حديث ١٢٨٤ ، مسند أحمد٥ :١٢

الرابع: الرد : ويجب مع قيام البينة ، ولا يكفي الواحد ولا الوصف إن ظن صدقه للأطناب فيه ، نعم يجوز ، فإن امتنع لم يجبر عليه ، فلو دفع الى الواصف وظهرت البينة لغيره انتزعها الغير ، فإن تلفت رجع على من شاء .

أمانة ، والأصل براءة الذمة من وجوب البدل ، والوجوب إنما هو متعلق بتسليم العين وذلك مع وجدانها . أما البدل فلا يجب إلا بالتلف مع التفريط وهو منتف بالأصل ، والأصح عدم أخذ شيء من مال الميت ، وقد سبق نظيره في الوديعة .

قوله : (الرابع : الرد ، ويجب مع قيام البينة ، ولا يكفي الواحد ولا الوصف ، وإن ظن صدقه للاطناب فيه،نعم يجوز) .

أي : يجوز التسليم الى الواصف اذا ظن صدقه ، وهو المشهور بين الاصحاب؛ لأن مناط اكثر الشرعيات هو الظن ، ولأنه لولا ذلك لأدى الى عدم وصولها الى مالكها غالباً ، إذ من المستبعد اقامة البينة على ما يستصحبه الانسان من امواله .

ولأن في قوله عليه السلام للملتقط : « اعرف عقاصها » وهو وعاؤها الذي هي فيه من خرقة وقرطاس وغيرهما ، « ووكاؤهما » وهو الخيط الذي يشد به المال في الخرقة ايماءً الى ذلك؛ لأن فائدة معرفته تظهر اذا جوّزنا الدفع بالوصف ، ومثله الايغال في الابهام حال تعريفها ، والاقتصار في الاشهاد على بعض الاوصاف .

وقال ابن ادريس : لا يجوز دفعها إلا بالبينة؛ لاشتغال الذمة بحفظها ، وعدم ثبوت كون الوصف حجة شرعية في جواز الدفع والعمل بالمشهور[1] .

وهل شهادة العدل الواحد كالوصف المفيد للظن في جواز الدفع وعدم

---

(١) السرائر: ١٨١.

ويستقر الضمان على الواصف ، إلا أن يعترف الدافع له بالملك فلا يرجع عليه لو رجع عليه المالك .

ولو أقام كل منهما بينة بعد الدفع الى الأول ولا ترجيح أُقرع ، فإن خرج الثاني انتزعت من الأول .

وجوبه؟ احتمله في التذكرة[1] ، وهو متوجه ؛ لأن شهادة العدل الموثوق به اقوى من الوصف .

قوله : (ويستقر الضمان على الواصف) .

لأن التلف في يده ، ولأنه عاد غار .

قوله : (إلا أن يعترف الدافع له بالملك فلا يرجع عليه لو رجع عليه المالك) .

لاعترافه بكون الأخذ منه ظلماً .

قوله : (ولو اقام كل منهما بينة بعد الدفع الى الأول ولا ترجيح أُقرع) .

لأنه أمر مشكل ؛ لانتفاء الأولوية وامتناع الحكم بهما ودفعهما .

قوله : (فإن خرج الثاني انتزعت من الأول) .

إنما ينتزع بعد احلافه ، فإن كل من خرج اسمه بالقرعة يستحقها بيمينه ، نص عليه في التذكرة[2] . فإن امتنع أُحلف الآخر ، فإن امتنع احتمل ابقاؤها أمانة عليهما حتى يصطلحا ، أو على غيرهما ، ذكره المصنف في التذكرة[3] .

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٦٤ .

(٢) التذكرة ٢ : ٢٦٥ .

(٣) المصدر السابق .

ولو تلفت لم يضمن الملتقط إن كان قد دفع بحكم الحاكم ، وإن دفع باجتهاده ضمن .

ولو تملك بعد الحول فقامت البينة لم يجب دفع العين ، بل المثل أو القيمة إن لم تكن مثلية ، فإن رد العين وجب على المالك القبول ، وكذا لو عابت بعد التملك مع الأرش على اشكال .

قوله : (ولو تلفت لم يضمن الملتقط إن كان دفع بحكم الحاكم)

إذ لا يقصر منه حينئذ؛ لأن الدفع واجب عليه ، وحكم الحاكم يصيّره بمنزلة المكره . وهل يضمن الحاكم في بيت المال بظهور الخطأ في دفع مال الغير الى غير مستحقه؟ لا اعلم به تصريحاً .

وينبغي عدم الضمان لوجود القابض فيرجع عليه قوله : (وإن دفع باجتهاده ضمن) لأن الدفع مستند اليه وقد تبيّن كونه بغير حق .

قوله : (ولو تملّك بعد الحول فقامت البينة لم يجب دفع العين ، بل المثل أو القيمة إن لم تكن مثلية) .

هذا مبني على أنه اذا تملّك بعد التعريف حولاً يضمن العوض ولا يجب دفع العين ، وقد سبق أن الأصح وجوب ردها ، ويمكن أن يقال : إن الواجب في القيمي القيمة فلا يجزىء غيرها إلا بالتراضي .

قوله : (فإن رد العين وجب على المالك القبول) .

تفريعاً على مختاره ، ووجهه ان العين أقرب الى نفسها من البدل ، وقد سبق بيان مثله في القرض .

قوله : (وكذا لو عابت بعد التملك مع الأرش على اشكال) .

ينشأ : من أن الواجب القيمة في القيمي ، والمثل في المثلي ، ومع وجود العيب فلا مماثلة . ومن أن العين مع الأرش الساد مسد الفائت أقرب الى

والزيادة المنفصلة والمتصلة في الحول للمالك ، وفي تبعيته اللقطة نظر ، أقربه ذلك ، وبعده للملتقط إن تجددت بعد نية التملك ، وإلاّ فكالأول ولو رد العين لم يجب رد النماء ،

نفسها من القيمة ، وعلى ما اخترناه فالواجب رد العين مع الأرش فيجب قبولها .

قوله : (والزيادة المنفصلة والمتصلة في الحول للمالك) .

لأنها نماء ملكه .

قوله : (وفي التبعية للقطة نظر اقربه ذلك) .

ينشأ : من أن النماء تابع للأصل ، ومن اختصاص العين بمعنى الالتقاط بخلاف النماء . ووجه القرب : إن الفرع لا يزيد على أصله ، وقد استحق الملتقط تملك العين ، فمقتضى التبعية يستحق تملك النماء؛ لأن الفرض تجدده بعد استحقاق تملك الأصل وإن كان التعريف شرطاً ، فاذا عرّف الأصل حولاً تملّك الجميع إن شاء على الأقرب .

قوله :(وبعده للملتقط إن تجددت بعد نية التملك، وإلا فكالأول) .

أي : وبعد الحول اذا تجددت الزيادة يكون للملتقط؛ لأنها نماء ملكه ، وهذا اذا كان تجددها بعد نية التملك وإلا ـ أي : وإن لم يكن بعد نية التملك ـ فكالأول ، وهو المتجدد في الحول ، فيكون في التبعية الاشكال ، والأقرب هنا ما هو الاقرب هناك .

قوله : (ولو رد العين لم يجب رد النماء) .

لأنه نماء ملكه وإن قلنا بوجوب رد العين اذا جاء المالك؛ لأن تزلزل الملك لا ينافي ثبوته ، كما في البيع في زمان الخيار ، وهذا إنما هو في النماء المنفصل دون المتصل .

فلو دفع العوض لمن قامت له البينة ضمن للثاني مع البينة ، لأن المدفوع ليس نفس العين ، ويرجع على الأول ، لتحقق بطلان الحكم .

قوله : (ولو دفع العوض لمن قامت له البينة ضمن للثاني مع البينة ؛ لأن المدفوع ليس نفس العين ، ويرجع على الأول لتحقق بطلان الحكم) .

هذا فيمن تملّك بعد الحول وضمن العوض عند المصنف ، فإن الأول اذا أقام البينة بالاستحقاق فدفع اليه العوض ، ثم أقام الثاني البينة وانتفى المرجّح ، فأُقرع فخرج اسم الثاني ، فاحلف فإنه يجب على الملتقط الغرم ؛ لأن المدفوع لم يتعين كونه العوض الذي في ذمته ، لأنه لم يقبضه المستحق ، لكن يرجع به على الأول بظهور بطلان الحكم بأن العين له .

* * *

المقصد الرابع : في الجعالة : وفيه مطلبان :

الأول : في الأركان : وهي أربعة :

الأول : الصيغة : كقوله : من رد عبدي ، أو ضالتي ، أو فعل كذا ، وما اشبهه من اللفظ الدال على العمل فله كذا . فلو ردّ انسان ابتداءً فهو متبرع لا شيء له ، وكذا لو ردّ من لم يسمع الجعالة على قصد التبرع ، وإلاّ فاشكال .

قوله : (المقصد الرابع : في الجعالة ، وفيه مطلبان : الأول : في الأركان وهي اربعة :

الأول : الصيغة كقوله : من رد عبدي ، أو ضالتي ، أو فعل كذا ، وما اشبهه من اللفظ الدال على العمل فله كذا) .

ظاهره انه لا قبول أصلاً ، ومفهوم الجعالة يقتضي ذلك ، لكن ظاهرهم أن الجعالة من العقود (الجائزة)[١] فيكون القبول فيها فعلياً ، ومفهوم قول المصنف بعد ذلك : (ولا القبول نطقاً) يعطي هذا .

قوله : (وكذا لو رد من لم يسمع الجعالة على قصد التبرع ، وإلا فاشكال) .

أي : وكذا لا شيء لو رد من لم يسمع الجعالة على قصد التبرع قطعاً؛ لأنه لو سمع الجعل فرد متبرعا لا يستحق فهنا أولى ، وإن لم يكن رده على قصد التبرع بل على قصد الاستحقاق فاشكال ينشأ : من أنه قد فعل متعلق الجعل على قصد الاستحقاق مطابقاً لصدور الجعل من المالك؛ لأن الفرض شمول

---

(١) لم ترد في «م».

ولو كذب المخبر فقال : قال فلان : من ردّ ضالته فله كذا لم يستحق الراد على المالك ولا المخبر ؛ لأنه لم يضمن ،

اللفظ له فيستحق ، ولأنه عمل محترم لم يقصد به فاعله التبرع ووقع بإذن الجاعل .

ولأن المقتضي للاستحقاق ـ وهو جعل المالك بصيغة تشمل العامل وعدم تبرعه ـ موجود ، والمانع ليس إلا عدم علمه بصدور الجعل لا يصلح للمانعية ، للشك في مانعيته فيعمل المقتضي عمله .

ومن أنه بالنسبة الى اعتقاده متبرع ، إذ لا عبرة بقصده من دون جعل المالك .

ويمكن أن يقال : يفرّق بين من رد كذلك عالماً بأن العمل بدون الجعل تبرع وإن قصد العامل العوض ، وبين غيره؛ لأن الأول لا يكاد ينفك من التبرع ، بخلاف الثاني فيستحق دون الأول ، وفيه قوة .

واطلق شيخنا الشهيد[1] ، والفاضل الشارح الاستحقاق[2] ، (وما ذكرناه من التفصيل أولى

وأعلم ان على عبارة الكتاب مؤاخذة ، فإن قوله : (والا فاشكال) يقتضي ثبوت الاشكال في كل من لم يرد على قصد التبرع ، فيتناول من رد لا على قصد التبرع ولا على قصد الاستحقاق)[3] . وليس بجيد؛ لأن هذا متبرع وإن لم يقصد التبرع .

قوله : (ولا المخبر؛ لأنه لم يضمن) .

وإنما الراد ادخل نفسه على عمل بدون تعين الاستحقاق ، فالتقصير من

---

(١) الدروس: ٣٠٥.

(٢) ايضاح الفوائد٢ : ١٦٢ .

(٣) ما بين القوسين لم يرد في «ق».

ولو تبرع المخبر وقال : من رد عبد فلان فله درهم لزمه ، لأنه ضامن .

ولو قال : من رد عبدي من العراق في شهر كذا فله كذا ومن خاط ثوبي في يوم كذا فله كذا صح ، بخلاف الأُجرة ، للزومها بخلاف الجعالة .

الثاني: الجاعل : وشرطه أن يكون أهلاً للاستئجار ، وفي العامل إمكان تحصيل العمل . ولا يشترط تعيينه ولا القبول نطقاً ، ولو عيّن فرد

قبله . وإن كان المالك قد جعل ، فرد طمعاً في الجعل كفى في الاستحقاق إخبار المخبر وإن لم يكن ثقة .

قوله : (ولو تبرع المخبر وقال : من رد عبد فلان فله درهم لزم ، لأنه ضامن) .

لا ريب في صحة الجعل من الأجنبي على العمل وإن كان العمل لا يرجع عليه بفائدة للتوسع في الجعالة .

لما كانت الاجارة لازمة لم يصح تقدير المنفعة بالعمل والزمان معاً؛ لأن اتفاقهما نادر فيخل بلزوم العقد ، ولأن تطبيق العمل على الزمان غير معلوم التحقق ، فيكون اشتراطه اشتراطاً لما لا يوثق بالقدرة عليه فلم يصح .

أما الجعالة فإنها جائزة ، فاذا لم يتفق انطباق العمل على الزمان لم يخرج العقد عن مقتضاه . وفرّق أيضاً بأن التقدير بالأمرين معاً يقتضي عدم الوثوق بحصول العوض ، وهو مغتفر في الجعالة دون الاجارة .

قوله : (ولو قال : من رد عبدي من العراق في شهر فله كذا ، ومن خاط ثوبي في يوم فله كذا صح ، بخلاف الأُجرة للزومها ، بخلاف الجعالة) .

قوله : (الثاني : الجاعل ، وشرطه أن يكون أهلاً للاستئجار ، وفي العامل إمكان تحصيل العمل ، ولا يشترط تعينه) .

غيره فهو متبرع .

الثالث: العمل : وهو كل ما يصح الإستئجار عليه ، وهو كل عمل مقصود محلل وإن كان مجهولاً . ولا يشترط الجهل ، فلو قال : من خاط ثوبي أو حج عني فله دينار صح ؛ لأن جوازه مع الجهل يستلزم أولوية جوازه مع العمل .

أي : العامل ، بل الأصل والغالب جهالته؛ لأن المطلوب في الجعالة تعيين عوض على عمل .

قوله : (الثالث : العمل ، وهو كل ما يصح الاستئجار عليه ، وهو كل عمل مقصود محلل وإن كان مجهولاً) .

كلما صح الاستئجار عليه صحت الجعالة عليه ، ولا يشترط التطابق في الأوصاف ، فتصح الجعالة على المجهول؛ لأنها عقد جائز لا يمتنع فيه الغرر ، لكن قوله : (وإن كان مجهولاً) مقتضاه صحة الاستئجار على العمل وإن كان مجهولاً ، من حيث أن ذلك وصلي للعمل المجعول عليه ، وصريح عبارته ان المجعول عليه هو الذي يصح الاستئجار عليه .

واجيب عنه بأن المجهول تصح الاجارة عليه لا من حيث أنه مجهول ، ويرد عليه أن الوصلي في العبارة مقتضاها استواء الاجارة والجعالة فيه على أي تقدير كان .

وربما اجيب بأن المراد الحكم بالتساوي في ذوات الأعمال خاصة ، لكن الوهم بحاله ، إذ ليس في العبارة ما يدل على اختصاص الجهالة بالجعالة .

قوله : (ولا يشترط الجهل . . .) .

ذهب بعض الشافعية الى اشتراط الجهالة ، وليس بشيء .

الرابع: الجعـل : وشرطـه أن يكون معلومـاً بالكيـل أو الوزن أو العدد ، ولو كان مجهولاً كثوب غير معيّن ، أو دابة مطلقة ثبت بالرد اجرة المثل ، ولو قيل بجواز الجهالة اذا لم تمنع من التسليم كان حسناً كقوله : من رد عبدي فله نصفه ومن خاط ثوبي فله ثلثه .

قوله : (الرابع : الجعل ، وشرطه أن يكون معلوماً بالكيل أو الوزن أو العدد ، ولو كان مجهولاً كثوب غير معيّن ، أو دابة مطلقة ثبت بالرد أُجرة المثل) .

لأن المجعول غير معيّن ، والتفاوت فيه عظيم فلا يغتفر ، إذ لا ضرورة الى اغتفاره بخلاف العمل .

قوله : (ولو قيل بجواز الجهالة اذا لم يمنع من التسليم كان حسناً)

اطلق الاصحاب عدم جواز كون الجعـل مجهولاً ؛ لما قلناه من أن الضرورة اقتضت التسامح في جهالة العمل ، ولا ضرورة الى التسامح في جهالة الجعل ، واستحسن المصنف التفصيل ، وحاصله ان الجهالة اذا كانت مانعة من تسليم الجعل لا يصح معها كثوب ، فإنه لا يدري أي ثوب .

فإن قيل : الأمر الكلي محمول على اقل فرد يقع عليه الكلي ، فأقل ثوب سلّم وجب قبوله .

قلنا : لما كان مسمى الثوب متفـاوتاً تفـاوتاً عـظيماً كـان مظنـة التنازع والتجاذب والخصومـة ، فلم يصح الجعـل على هذا الـوجه . أمـا اذا كانت الجهـالة غيـر مانعـة من التسليم ، كنصف العبد الأبق اذا رده فـإنه لا يقبـل الاختلاف ، ومسماه لتشخصه لا يقبل التعدد .

فإن قيل : يمكن التنازع في احتمال الجودة والرداءة ونحـوهما فيكـون كالثوب ، فإما أن يصح فيهما أو لا فيهما .

المطلب الثاني: في الأحكام : الجعالة جائزة من الطرفين ، فللعامل الفسخ قبل اتمام العمل ولا شيء له ، لأنه أسقط حقه ،

قلنا : لما كانت الجهالة في الثوب باعتبار عدم تشخصه ، وشدة تفاوت افراده لم تغتفر جهالته ، بخلاف العبد المعيّن فإنه لتشخصه يتسامح بجهالة صفاته واحتماله الاعلى والادون ، فإنه لا يقبل تعدد الذات والصفات إذ هي بحسب الواقع شيء واحد ، غاية ما في الباب أنه غير معلوم الآن ، لكنه معيّن في حد ذاته ، ومختار المصنف قوي ، وعلى هذا فيصح جعل صبرة معينة من الطعام وإن لم يعلم قدرها ، فتكفي المشاهدة بطريق أولى .

واعلم أن المصنف في التذكرة قال في آخر هذا البحث : وهو قريب من استئجار المرضعة بجزء من الرضيع الرقيق بعد الفطام[1] . وفي إحياء الموات من هذا الكتاب قال : ولو قال : اعمل ولك نصف الخارج بطل؛ لجهالة العوض اجارة وجعالة ، وهو يقتضي عدم جواز الجعالة مع جهالة الجعل مطلقاً .

قوله: (المطلب الثاني : في الأحكام ، الجعالة جائزة من الطرفين فللعامل الفسخ قبل اتمام العمل ولا شيء له؛ لأنه اسقط حقه) .

قد يقال : إنه لم يسقط حقه مطلقاً ، وإنما اسقطه بالنسبة الى ما بقي ، فكيف لا يستحق لما مضى؟ ويقوى هذا الاشكال في العمل الذي تقابل اجزاؤه بالأجرة ، كبناء الحائط مثلا . وقد احتمل في التذكرة الاستحقاق لما مضى ، وكأن آخر كلامه يقتضي ترجيح الاحتمال[2] . ويقوى الاحتمال لو مات أو شغله ظالم وفاقا للدروس[3] ، لكن ظاهره أن ذلك في نحو خياطة الثوب لا في نحو رد العبد .

---

(١) التذكرة٢ : ٢٨٧ .

(٢) التذكرة٢ : ٢٨٨ .

(٣) الدروس: ٣٠٦ .

وكذا للجاعل قبل التلبس فى العمل مطلقا وبعده فيدفع اجرة ما عمل .

واعلم أنه لو فسخ العامل ثم اراد العمل بالجعل فهل ينفسخ العقد ، أو يقال : إن العبرة بايجاب الجاعل وهو باق بحاله ولا يتعين القبول ، فمتى ردها استحق ، سواء فسخ ثم رد أم لا ؛ لأن اللفظ شامل .

قوله : (وكذا للجاعل قبل التلبس في العمل مطلقاً) .

أي : له الفسخ قبل التلبس في العمل؛ لأن العقد جائز من الطرفين ، ولا موقع لقوله : (مطلقاً) كما لا يخفى ، وفسّره شيخنا الشهيد في حواشيه بأن معناه أن له ذلك من غير شرط بذل عوض ولا محصل له .

واعلم أنه إنما ينفسخ اذا علم العامل بالفسخ من الجاعل ، وإلا فهو على حكمه ، فلو عمل استحق ، واختاره في التذكرة[1] ، وما اشبهه بعزل الموكل الوكيل وتصرفه قبل علمه بالعزل .

قوله : (وبعده فيدفع أُجرة ما عمل) .

فاذا علم بالفسخ ثم عمل فلا شيء له ، في المستقبل ، ويشكل على ذلك أنه اذا جعل له على رد الضالة ، ثم فسخ وقد صارت بيده فإنه لا يكاد يتحقق للفسخ معنى حينئذ ، إذ لا يجوز له تركها . وتسليمها الى وكيل المالك أو الحاكم بمنزلة ردها .

وكذا لو لم يجد واحداً منهما[2] فإنه لا بد من تسليمها الى المالك أو وكيله ، فيكون هذا الفسخ بعد حصول ما يستلزم الرد فهو في حكمه ، فلا يكاد يتحقق وجهه .

---

(١) التذكرة٢ : ٢٨٨ .

(٢) في «ق» : أحدهما .

ويستحق العامل الجعل بالتسليم ، فلو جاء به الى باب منزله فهرب أو مات لم يستحق شيئاً . ويحتمل الاستحقاق مع الموت بالنسبة ، ويعمل بالمتأخر من الجعالتين سواء زادت أو نقصت قبل التلبس ، وإلاّ فبالنسبة .

ولو حصلت الضالة في يد انسان قبل الجعل وجب دفعها الى مالكها ولا شيء له ،

قوله : (فلو جاء به الى باب منزله فهرب أو مات لم يستحق شيئاً ، ويحتمل الاستحقاق مع الموت بالنسبة) .

وجه الأول : إنه لم يأت بالمجعول عليه فلم يستحق شيئاً ، ووجه الثاني وهو الاستحقاق مع الموت دون الهرب ؛ لأن المانع ليس من قبله بل من قبل الله تعالى ، ولأن الرد الممكن عادة قد حصل ، وتسليمه من الموت ليس داخلاً تحت قدرة البشر .

قوله : (ويعمل بالمتأخر من الجعالتين ، سواء زادت أو نقصت قبل التلبس) .

لأن الجعالة جائزة ، وهذا اذا علم بالرجوع عن الأولى ، والا استحق الأولى .

قوله : (وإلاّ فبالنسبة) .

أي : وإن كان بعد التلبس ، فما مضى من العمل استحق له بنسبة الجعالة الأولى ؛ لانها لازمة من طرف المالك فيما مضى ، ويستحق لما بقي بنسبة الجعالة الثانية ، ويشكل بما سبق فيما اذا فسخ المالك بعد التلبس .

قوله : (ولو حصلت الدابة في يد انسان قبل الجعل وجب دفعها الى مالكها ، ولا شيء له) .

لوجوب الدفع من حصولها في اليد ، فلا يستحق أجراً حينئذ ، إذ لا عمل بالاذن يستحق به . والجعل بفتح الجيم واسكان العين : الاتيان بصيغة

وكذا المتبرع ، سواء عرف برد الإباق أو لا. وسواء جعل المالك وقصد العامل التبرع أو لم يجعل وإن لم يقصد التبرع .

الجعالة .

واعلم أن على ظاهر العبارة اشكالاً ، وهو أن الدفع ليس بواجب إنما الواجب الاعلام والتخلية ، ولهذا قال في التذكرة : إنه لو قال : من رد عليّ مالي فله كذا فرده من كان المال في يده نُظِرَ فإن كان في رده من يده كلفة ومؤنة كالعبد الآبق استحق الجعل ، وإن لم يكن كالدراهم والدنانير فلا؛ لأن مالا كلفة فيه لا يقابل بالعوض ، وهذا متجه .

ثم قال : ولو قال : من دلني على مالي فله كذا ، فدله مَن المال في يده لم يستحق الجعل؛ لأن ذلك واجب عليه بالشرع ، فلا يستحق أخذ العوض عليه أما لو كان في يد غيره فدله استحق؛ لأن الغالب أن تلحقه مشقة في البحث[١] ، هذا كلامه وهو حسن .

قوله : (وكذا المتبرع ، سواء عرف برد الاباق أو لا) .

وقال جماعة من الاصحاب : بأن من رد العبد أو البعير استحق من غير شرط[٢] ، وفي عبارة ابن حمزة : اذا لم يجعل وجرت في البلد عادة بشيء استحق[٣] ، والمشهور خلافه ، ورواية مسمع بذلك محمولة على الاستحباب[٤] .

قوله : (وسواء جعل المالك وقصد العامل التبرع ، أو لم يجعل وإن لم يقصد التبرع) .

---

(١) التذكرة٢ : ٢٨٧ .

(٢) منهم المفيد في المقنعة: ٩٩، والطوسي في النهاية: ٣٢٣، وابن حمزة في الوسيلة: ٣٢٣.

(٣) الوسيلة: ٣٢٣.

(٤) التهذيب٦: ٣٩٨ حديث ١٢٠٣.

ولو بذل جعلا غير معيّن كقوله : من رد عبدي فله شيء لزمه أُجرة المثل ، إلّا في رد الآبق أو البعير ففي رده من المصر دينار ، ومن غير مصره أربعة دنانير ، وإن نقصت قيمة العبد أو البعير فاشكال .

قد يقال : في العبارة مناقشة؛ لأن هذا الوصل لا يتضح اندراجه في قوله : (وكذا المتبرع) لأن المتبادر من التبرع قد يخالف من لم يقصد التبرع ، إلا أن يقال : من لم يقصد واحدا من الأمرين متبرع ، فيكون من جملة افراد المتبرع .

قوله : (إلّا في رد الآبق أو البعير ، ففي رده من المصر دينار ، ومن غير مصره أربعة دنانير) .

أما العبد فقد ورد حكمه في رواية مسمع ، وأما البعير فألحقه به الأصحاب ، قال المفيد : بذلك ثبتت السنة[1] . ولا يخفى أن المراد بالدينار : المعروف شرعاً ، وهو ما قيمته عشرة دراهم .

قوله : (فإن نقصت قيمة العبد أو البعير فاشكال) .

ينشأ : من عموم النص ، ومن أن الظاهر أن الشارع بنى على الغالب من زيادة القيمة على المقدّر ، فيخرج هذا الفرد من عموم النص ، ولظاهر قوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار » فتجب حينئذ أُجرة المثل؛ لأنه عمل محترم له عوض ولم يعيّن .

لكن يشكل لو زادت أُجرة المثل على المقدّر شرعاً ، فينبغي أن يكون محل التخصيص ما اذا زاد المقدّر عن أُجرة المثل ، وإلا وجب المقدّر لانتفاء المنافي حينئذ .

---

(١) المقنعة: ٩٩.

(٢) الكافي ٥: ٢٩٢ حديث٢، الفقيه ٣: ٤٥ حديث ١٥٤، التهذيب ٧: ١٦٤ حديث ٧٢٧.

ولو استدعى الرد ولم يبذل أُجرة فالراد متبرع على اشكال اقربه ذلك إن استدعى مجاناً .

ولو جعل الفعل للواجد فصدر عن الجماعة تشاركوا فيه ، ولو صدر عن كل منهم فعل تام فلكل منهم جعل كامل .

ولو جعل لكل من الثلاثة على الرد جعلاً متفاوتاً فمن جاء به منهم فله ما عيّنه له ، ولو جاء به اثنان فلكل نصف جعله ، ولو جاء به الثلاثة فلكل ثلث جعله ، وكذا لو عيّن لأحدهم وجهل لغيره فللمعيّن بنسبة عمله من

قوله : (ولو استدعى الرد ولم يبذل أُجرة فالراد متبرع على اشكال ، اقربه ذلك إن استدعى مجاناً) .

لا ريب أن موضع الاشكال ما اذا استدعى الرد ولم يشترط أُجرة ولا عدمها ، فالاستدعاء مجاناً خارج عن محل النزاع ، إلا أن مفهوم الشرط يدل على الاستحقاق في محل النزاع .

ومنشأ الاشكال : من أصالة براءة الذمة ، ولم يحصل التزام للأُجرة ، ولا ما يدل عليه ، إذ طلب الرد أعم من كونه بأُجرة ومجاناً . ومن أن العمل صدر بالاذن ، والفرض أن لمثله أُجرة فتجب . ولا خفاء أن الدليل لا ينهض على الوجوب؛ لأن نهايته أن يكون قد صرف مال نفسه في مصالح غيره بإذن الغير ، وهذا لا يستوجب ضمان الغير .

ويقوى في النفس انه إن دلت العادة على الأُجرة في مثل هذا الفعل حمل الاطلاق عليه ، وإلا فلا ، وقد سبق مثله في الضمان بالاذن مع عدم اشتراط الرجوع .

قوله : (ولو جعل الفعل فصدر عن جماعة تشاركوا فيه) .

اذا كانت الصيغة صالحة لهم .

المسمّى ، وللآخر بنسبة عمله من أُجرة المثل .

ولو عيّن لواحد فتبرع آخر فللمعيّن النصف ولا شيء للمتبرع ،ولو قصد الثاني اعانة العامل فللعامل الجميع ، ولو قصد أُجرة لنفسه فهو متبرع .

ولو جعل للرد من مسافة فردّ من بعضها فله من الجعل بنسبة المسافة ، ولو رد من أبعد لم يستحق أزيد بل المسمى إن دخل الأقل دون ضد الجهة على الأقوى ، ولو لم يجده في المعيّن فاشكال .

قوله : (ولو قصد أُجرة لنفسه فهو متبرع) .

لأن عمله صدر بغير اذن .

قوله : (بل المسمى إن دخل الأقل) .

أي : إن دخل الأقل الذي هو المجعول عليه في المأتي به؛ لأنه قد أتى بمتعلق الجعل مع زيادة ، فلو قال : من رد عبدي من الحلة فله كذا ، فرده من بغداد بحيث جعل الحلة طريقه فله الجعل، وإلا فلا؛ لكون المأتي به غير مجعول عليه .

قوله : (دون ضد الجهة على الأقوى) .

وجه القوة : إنه غير مأذون بالنسبة الى هذه الجهة ، فيكون متبرعاً ، ويحتمل ضعيفاً وجوب أُجرة المثل؛ للأمر بالرد في الجملة . ويضعّف بأن الأمر كذلك لا يقتضي كون الرد من ضد الجهة مأذوناً فيه ، والأصح عدم الاستحقاق .

قوله : (ولو لم يجده في المعيّن فاشكال) .

ينشأ : من انتفاء المجعول عليه ، ومن الأمر بالرد في الجملة فيستحق أُجرة المثل ، وهو ضعيف ، والأصح أنه لا شيء له .

والقول قول المالك مع اليمين في شرط أصل الجعل ـ وشرطه في عبد معيّن وسعى العامل في الرد ـ بأن قال المالك : حصل العبد في يدك قبل الجعل تمسكاً بالأصل .

قوله : (والقول قول المالك في شرط أصل الجعل) .

أي : القول قول المالك لو اختلفا في شرط أصل الجعل ، بأن طالب العامل المالك بالجعل فأنكر اشتراطه؛ لأن الاصل العدم .

قوله : (وشرطه في عبد معين) .

أي : القول قول المالك لو اختلفا في اشتراط الجعل في العبد الفلاني ، فانكره المالك بعد اتفاقهما على صدور الجعل؛ للأصل أيضاً .

قوله : (وسعى العامل في الرد بأن قال المالك : حصل العبد في يدك قبل الجعل) .

ومثله قوله : حصل في يدك قبل علمك به ، ومثله قوله : حصل في يدك من غير سعي وإن كان بعد صدور الجعل؛ لانتفاء حصول العمل حينئذ . وعلى ظاهر قوله : (وسعى العامل) لا حاجة الى قوله : (قبل الجعل) لأنه إن كان له سعي فالمانع التبرع لا عدم السعي ، وإن لم يكن فلا فرق بين ما اذا كان قبل الجعل أو بعده .

وعلى ما اختاره في التذكرة من أنه اذا حصل في يده ، وكان لرده مؤنة ، وحصل الجعل فرده يستحق، لا يكون الاختلاف هنا إلا في تقدم السعي على الجعل وتأخره[1] ، وقد صنع في التذكرة كما صنع هنا ، فيكون كلامه معترضاً . وبقوله : (تمسكاً بالأصل) أشار الى علة تقديم قول المالك بيمينه في ذلك كله .

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٨٧ .

ولو اختلفا في قدر الجعل أو جنسه تحالفا وثبت أقل الأمرين من الأُجرة والمدعى ، إلاّ أن يزيد ما ادعاه المالك على أُجـرة المثل فتثبت

قوله : (ولو اختلفا في قدر الجعل أو جنسه تحالفا) .

لأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه ، فلا ترجيح لأحدهما ، فيحلف كل منهما على نفي ما يدعيه الآخر .

قوله : (ويثبت أقل الأمرين من الأُجرة والمدّعى) .

أي : مدّعى العامل دون المالك؛ لأن الأجرة إن كـانت أقل فـظاهر ، لانتفاء ما يدعيه العامل بيمين المالك ، وإن كان ما يدعيه العامل أقل ، فلأنه بدعواه الأقل منكر لاستحقاق الزيادة ، ومعترف ببراءة ذمة المالك منها فيؤاخذ باقراره .

قوله: (إلاّ أن يزيد ما ادعاه المالك على أُجرة المثل فتثبت الزيادة).

لاعترافه باستحقاق العامل إياها ، والعامل لا ينكر ذلك .

قيل : لا فائدة للتحالف ، بل يدفع الى العامل ما يدعيه المالك من أول الأمر في صورة ما اذا كانت أُجرة المثل اقل مما ادعاه المالك .

قلنا : بل فائدته أنه قبل التحالف لو دفع اليه ذلك لم يكن على طريق المؤاخذة بظاهر الاقرار فقط ، فإن المالك يدّعي أن هذا المقدار هو المستحق بـالتسمية ، وبعـد التحالف يتمحض الـزائد لكـونه مستحقاً بمجـرد الاقـرار والمؤاخذة به .

وينبغي أن يقال بالتحالف فيما عدا هذه الصورة ، وصورة استواء أُجرة المثل وما يدعيه المالك؛ لأن هذا القدر مستحق على كل تقدير ، سواء حلف العامل أم لا ، فيؤخذ فيه باقرار المالك مع يمينه لنفي الزائد ، هـذا اذا كان صورة الاختلاف بينهما : جعلت لي كذا ، فقال : بل كذا .

الزيادة . ويحتمل تقديم قول المالك كالأصل .

أما اذا كان صورة الاختلاف بينهما : استحق عليك كذا بسبب الفعل الفلاني ، فقال المالك : بل كذا فإنه يحلف لنفي الزائد ، ولا يمين من طرف العامل .

قوله : (ويحتمل تقديم قول المالك كالأصل) .

أي : كما تقدم قول المالك في شرط اصل الجعالة ، أي : فإنه كما يكون القول قول المالك في اني لم اجعل شيئا اصلاً؛ لأنه منكر ، كذلك القول قوله في انه لم يجعل الشيء الزائد . ويمكن الفرق بأنه اذا لم يحصل الاعتراف بجعل شيء فالأصل براءة ذمة المالك من عوض عمل العامل ، فالعامل مدع محضاً والمالك منكر محضاً .

أما مع الاعتراف بصدور جعل فإن عمل العامل ليس مجاناً ، والمالك يدعي أنه استحقه بتسمية القليل ، والعامل ينكر ذلك ويدعي أنه استحق عوضاً بتسمية الكثير فلا جرم وجب التحالف ، إذ لا يلزم من نفي استحقاق المسمى الذي ادعاه العامل بالتسمية استحقاق ما يدعيه المالك فقط بالتسمية ، وإنما يتجه ذلك اذا كان الاختلاف في استحقاق الزائد وعدمه ، من غير تعرض للتسمية كما قدمناه ، وهذا هو التحقيق .

فإن قيل : اذا حلف العامل بنفي ما يدعيه المالك فلا فائدة ليمين المالك؛ لأن اللازم بعد اليمين أقل الأمرين من الأُجرة وما ادعاه العامل ، فيدفع اليه من أول الأمر ، فلا يكون موقوفاً على يمين المالك .

قلنا : ليس كذلك؛ لأن اقل الامرين إنما يثبت بعد انتفاء دعوى العامل ، ولا ينتفي إلا بيمين المالك ، على أن المالك غير مقر باستحقاق أُجرة المثل الزائدة على العشر ليؤاخذ باقراره ، مع أنه ربما أقر اذا عرض عليه اليمين ، أو ردها على العامل فحلف على ما يدعيه فلها فوائد ، بخلاف ما اذا كانت أُجرة

ولو قال : جعلت الرد من بغداد ، فقال العامل : بل من البصرة قدّم قول المالك .

ولو قال : من رد عبدي فله دينار فرد أحدهما استحق نصف الجعل إن تساوى الفعلان .

المثل بقدر ما يدعيه العامل أو انقص .

قوله : (ولو قال : جعلت للرد من بغداد فقال العامل : بل من البصرة قدم قول المالك) .

لان الاصل عدم ما يدعيه العامل والاصل براءة الذمة من وجوب الجعل .

قوله : (ولو قال : من رد عبدي فله دينار ، فرد أحدهما استحق نصف الجعل إن تساوى الفعلان) .

وإلا فبالنسبة ؛ لأن أجزاء الجعل تقابل بها أجزاء العمل ، واعلم أن يد العامل على ما يحصل في يده الى أن يرده يد أمانة ، قال في التذكرة : لم اقف على شيء ، لكن النظر يقتضي ذلك[1] ، وفي الدروس قال : إن خبر السكوني[2] وخبر غياث[3] يدلان عليه[4]

فروع :

أ : اذا رد الآبق لم يكن له حبسه الى استحقاق الجعل ؛ لأن الاستحقاق بالتسليم ولا حبس قبل الاستحقاق .

ب : لو قال : إن علّمت ولدي القرآن ، أو علّمتني فلك كذا ، فعلمه

---

(١) التذكرة٢ : ٢٨٩ .

(٢) الكافي٦ : ٢٠١ حديث٨، الفقيه ٣ : ٨٧ حديث ٣٢٥، التهذيب٨ : ٢٤٧ حديث ٨٩١ .

(٣) الكافي٦ : ٢٠٠ حديث٥ ، الفقيه ٣ : ٨٨ حديث ٣٢٧ .

(٤) الدروس : ٣٠٦ .

ولو مات الجاعل بعد الرد أخذ الجعل من التركة ، ولو مات قبله فإن لم يكن العامل قد عمل بطلت ، وكذا إن كان قد عمل لكن يؤخذ من التركة بنسبة عمله .

البعض وامتنع من تعليم الباقي قال في التذكرة : فلا شيء له على اشكال .

قال : وكذا لو كان الصبي بليداً لا يتعلم على اشكال ، كما لو طلب العبد فلم يجده .

قال : أما لو مات الصبي في أثناء التعليم فإنه يستحق أُجرة ما علّمه؛ لوقوعه مسلماً بالتعلم ، بخلاف رد الآبق فإن تسليم العمل بتسليمه للآبق ، وهنا ليس عليه تسليم الصبي ، ولا هو في يده ، ولو منعه أبوه فللمعلم أُجرة المثل لما علمه .

قال : ولو قال : إن خطّتَ لي هذا القميص فلك درهم فخاط بعضه ، فإن تلف في يد الخيّاط لم يستحق شيئاً ، وإن تلف في يد رب الثوب بعدما سلّمه اليه استحق من الأُجرة بنسبة ما عمل[1] ، وفي الفرق بين هذه المسألة ومسألة التعليم نظر .

ج : مؤنة الدابة ، والعبد ، وما يلزم القماش ، ونحوه مما هو كالنفقة مثل الطعام التي إن لم يبذلها ذهب المال ، أو بعضه الذي هو أزيد من المطلوب على المالك؛ لأنه ملكه ويد العامل كيد الوكيل .

* * *

---

(١) التذكرة٢ : ٢٨٨ .

كتاب الغصب وتوابعه

وفيه مقاصد :

الأول: في الغصب : وفيه مطلبان :

الأول: في الضمان : وأركانه ثلاثة :

الأول: الموجب : وهو ثلاثة :

الأول: التفويت بالمباشرة : وهي ايجاد علة التلف كالقتل ، والأكل ، والإحراق .

الثاني: التسبيب : وهو ايجاد ما يحصل التلف عنده ، لكن بعلة اخرى اذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة كالحافر ، وفاتح رأس الظرف ، والمكره على الإتلاف .

قوله : (كتاب الغصب وتوابعه ، وفيه مقاصد .

الأول:الغصب وفيه مطلبان : الأول : في الضمان وأركانه ثلاثة : الأول : الموجب وهو ثلاثة :

الأول : التفويت بالمباشرة : وهي ايجاد علة التلف كالقتل ، والأكل ، والاحراق) .

المراد : الذي هو اعم من الغصب فيوجد بدونه ، فإن الاتلاف بالمباشرة كالرمي بسهم موجب للضمان ولا يعد غصباً .

قوله : (الثاني : التسبيب : وهو ايجاد ما يحصل التلف عنده ، لكن بعلة اخرى اذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة كالحافر ، وفاتح رأس الظرف ، والمكره على الاتلاف) :

. . . .

يعرّف في الدروس السبب : بأنه فعل ملزوم العلة[1] ، وقريب منه ما ذكره الشارح الفاضل[2] ، والمعنى قريب .

وقول المصنف : (اذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة) غير محتاج اليه بل هو مضر ، إذ حفر البئر قد لا يقصد الحافر به توقع العلة الموجبة للتلف ، ولا قصدها اكثري مع الضمان به قطعاً للسببية ، وكأنه اراد الاحتراز عما اذا كان حدوث المقتضي للتلف على تقدير ذلك الفعل نادراً ، فإنه لا يعد سبباً .

ولعله أراد : بقصده كونه شأنه ذلك فكان الأولى ان يقول : وهو ايجاد ما يحصل التلف عنده لكن بعلة أُخرى ، اذا كان السبب مما يتوقع معه علة التلف ، بأن يكون وجودها معه كثيراً .

واعلم أن شيخنا الشهيد في شرح الارشاد فسرَ السبب بتفسيرين :

الأول : ايجاد ملزوم العلة قاصداً لتوقع تلك العلة .

الثاني : انه فعل ما يحصل عنده التلف لكن بعلة غيره ، وهو أعم من الأول؛ لإمكان سبب آخر بدل منه .

هذا محصل ما ذكره ، وفي الأول نظر؛ لأنه إنما يصدق في الغاصب اذا قدّم طعام الغير الى آكل مبيحاً له ، لأنه قاصد حينئذ بالتقديم الأكل .

ولا ريب أن حفر البئر سبب ، وطرح ما يتعثر به سبب بغير خلاف ، والظاهر أن مراد الجماعة كون قصد توقع العلة باعتبار الشأن ، فيكون تقديره هكذا السبب : ايجاد ملزوم العلة الذي شأنه أن يقصد معه توقع تلك العلة .

---

(١) الدروس: ٣٠٧.
(٢) ايضاح الفوائد٢: ١٦٦.

الثالث: اثبات اليد : اذا كان بغير حق فهو غصب ، وهو الاستقلال باثبات اليد على مال الغير عدواناً .

ولا يكفي رفع يد المالك ما لم يثبت الغاصب يده ، والمودع اذا جحد أو عزم على المنع فهو من وقت الجحود أو العزم غاصب .

قوله : (الثالث : اثبات اليد : اذا كان بغير حق فهو غصب ، وهو الاستقلال باثبات اليد على مال الغير عدواناً) .

في التحرير : الغصب : هو الاستيلاء على مال الغير بغير حق[1] ، والاستيلاء احسن من الاستقلال؛ لأنه اشمل . وقال في التذكرة : إنه لا حاجة الى التقييد بالعدوان ، بل يثبت الغصب وحكمه من غير عدوان ، كما لو اودع ثوباً عند انسان ثم جاء وأخذ ثوباً للمستودع على ظن أنه ثوبه ، أو لبسه المستودع على ظن أنه ثوبه[2] .

فيظهر منه أن بين العدوان وما ليس بحق فرق ، وليس بواضح ؛ لأن كل من لا حق له في اثبات اليد على الشيء عادٍ ، سواء ظن خلاف ذلك أم لا ، وعلى كل حال فلا مشاحة في التسمية ، فإن كان معنى العدوان فعل ما يعلم كونه ظلماً فلا حاجة الى التقييد به ، كما قال في التذكرة ، فيكون تعريف التحرير أولى .

قوله : (ولا يكفي رفع يد المالك ما لم يُثبت الغاصب يده) .

وما سيأتي من تضمين المانع للمالك عن حراسة ماشيته ليس للغصب ، بل للتسبب الى التلف .

قوله : (والمودع اذا جحد أو عزم على المنع فهو من وقت الجحود أو العزم غاصب) .

---

(١) التحرير٢ : ١٣٧ .

(٢) التذكرة٢ : ٣٧٣ .

. . . .

أما اذا جحد فواضح ، وأما اذا عزم على الجحود فيقال فيه : إنه قد سبق أن المستودع لا يضمن بمجرد قصد الخيانة ما لم يحسن ، بخلاف الملتقط . وهذا مخالف له . وقد اجاب عن ذلك شيخنا الشهيد في بعض حواشيه بعد تمهيد مقدمة هي : إنه اذا وجد للمجتهد حكمان مختلفان في مسألة فلتوجيه كلامه طريقان :

أحدهما : تقرير النصين مهما أمكن .

والآخر : تحصيل القولين ، أي : اثبات خلاف له في المسألة ، والعدول الى الثانية مشروط بتعذر الأولى .

اذا تقرر هذا ، فتقرير النصين هنا : بأن يفرّق ما ذكر سابقاً وما هنا ، بأن المذكور سابقاً هو عدم كون المستودع خائناً وضامناً بمجرد قصد الخيانة ، والمذكور هنا هو كونه بمجرد قصد المنع للمالك يصير غاصباً وضامناً ، ولا بعد في ذلك؛ لأنه بقصد الخيانة لم يخرج يده عن كونها يد نيابة للمالك في الحفظ ، إذ الفرض انه لم يقصد كون المال له ، فهو مع هذا القصد قائم بما استنابه المالك فيه مثبت يده باذنه فلم يحصل تعدّ .

ومجرد النية لا يوجب حصول التعدي ، بخلاف ما اذا قصد منع المالك من العين ، فإن يده حينئذ لنفسه ، فلا يكون نائباً للمالك ، فلا يكون اثبات يده حينئذ هو المأذون فيه من المالك ، فيكون اثباتاً بغير حق ، فيصدق عليه تعريف الغاصب . وهذا فرق حسن جلي ، ولو أن هذا الفرق لم يتم لقلنا إن للمصنف في المسألة قولين ، فيكون هذا رجوعاً عما سبق .

ويطرد هذا في الأمانات ، حتى يقال : إن الثوب الذي اطارته الريح الى دار الغير مثل اللقطة في ضمانه بمجرد قصد الخيانة ، ومال الإجارة بمنزلة الوديعة لا يضمن بقصد الخيانة ويضمن بالجحود ، وقصد منع المالك ونحو ذلك من الامانات .

ويتحقق اثبات اليد في المنقول بالنقل ، إلّا في الدابة فيكفي الركوب ، والفراش الجلوس عليه ، وفي العقار بالدخول وازعاج المالك ، فإن ازعج ولم يدخل ، أو دخل لا بقصد الاستيلاء ولم يزعج لم يضمن ، فإن قصد فهو غاصب للنصف .

قوله : (ويتحقق اثبات اليد في المنقول بالنقل ، إلّا في الدابة فيكفي الركوب ، والفراش الجلوس عليه) .

فيه مناقشتان : احداهما : إن الاستثناء لا يستقيم إلا اذا كان المراد أن اثبات اليد في المنقول لا يثبت إلا باليد ، ولا دلالة للعبارة على ذلك إلا باعتبار عدم صحة الاستثناء .

الثانية : إنه قد وقع في قوله : (والفراش الجلوس عليه) العطف على معمولي عاملين بأداة واحدة ، وهو ضعيف عند أهل العربية .

واعلم أن اثبات اليد في المنقولات إنما يتحقق بالنقل ، إلا في الدابة فإن ركوبها اثبات اليد عليها ، والفراش فإن الجلوس عليه كاف في ذلك ايضاً .

قال في التذكرة : وهل يتحقق باثبات اليد من غير نقل؟ الأقرب عندي ذلك ، فلو ركب دابة الغير وهي واقفة ولم تنتقل عن مكانها ؛ أو جلس على فراشه ولم ينقله فالوجه تحقق الغصب؛ لحصول غاية الاستيلاء بصفة الاعتداء[1] . وكلامه لا يقتضي الحصر في الدابة والفراش ، ولا يبعد الاستيلاء في كل شيء بحسبه عرفاً ، كالدخول الى خيمته ، أو خبائه ، ونحو ذلك .

قوله : (وفي العقار بالدخول وازعاج المالك ، فإن ازعج ولم يدخل ، أو دخل لا بقصد الاستيلاء ولم يزعج لم يضمن ، وإن قصد فهو غاصب للنصف) .

---

(١) التذكرة٢ : ٣٧٦.

. . . .

لا ريب في أن غصب العقار متصور في نظر الشرع ؛ لأن اثبات اليد عليه ممكن ، ثم انه لا يخلو : إما أن يكون مالك العقار فيه أو لا ، فإن كان فيه ودخل آخر عليه بنية[1] السكنى وازعجه فهو غاصب لا محالة ؛ لوجود الاستيلاء حقيقة ، ولا أثر لقصد السكنى حينئذ وعدمه .

ولو منع المالكَ من موضع بعينه فهو غاصب لذلك خاصة ، فيعتبر لتحقق الغصب أمران : الدخول ، وازعاج المالك ، فلا يكفي أحدهما فقط ، لكن قول المصنف : (لا بقصد الاستيلاء) لا يخلو من شيء ؛ لأنه لا أثر لعدم قصد الاستيلاء مع حصول الاستيلاء حقيقة ، كما نص عليه في التذكرة[2] .

وينبغي أن يقال : إن المزاحم للمالك في العقار : إما أن يدخل عليه مستولياً ، أو لا ، وعلى كل من التقديرين : إما أن يزعجه ، أو لا ، وعلى كل تقدير : إما أن يكون الغير قوياً والمالك ضعيفاً ، أو بالعكس ، أو يكونان قويين ، فهذه عدة صور :[3] .

أن يدخل على المالك مستولياً ويزعجه ، أو لا يزعجه ، ولكل منهما قوة فيضمن النصف ؛ لأن الازعاج للمالك غير معتبر في الغصب للعقار ، كما ذكره في التذكرة . ولا يعتبر قصد الاستيلاء اذا تحقق الاستيلاء ، وإنما اعتبره هنا وفي التحرير[5] لحصول اليد والاستيلاء حقيقة ، فهذه صورتان .

ولو دخل الضعيف على القوي بقصد الاستيلاء فليس بغاصب ، إذ لا أثر

---

(١) في «م»: هيئة.

(٢) التذكرة ٢ : ٣٧٧ .

(٣) في «م»: أ: دخل وأزعج وهو قوي. ب: لم يدخل بحاله. ج: وهما قويان. د: لم يدخل بحاله. هـ: بحاله وهو ضعيف خاصة. و: بحاله ولم يدخل. ز: ازعج ولم يدخل. قوله: أن يدخل على المالك. . .

(٤) التذكرة ٢ : ٣٧٧ .

(٥) تحرير الأحكام ٢ : ١٣٧ .

. . . .

لقصد شيء لا يتمكن من تحقيقه،ولو دخل القوي على الضعيف مستولياً بحيث اضمحلت يده فالمتجه كونه غاصباً للجميع . ولا فرق في هذين الموضعين بين الازعاج وعدمه ، فهذه أربع أُخرى .

ولو ازعج القوي مثله ولم يدخل ، أو القوي للضعيف كذلك ففي تحقق الغصب اشكال ، ينشأ : من أن قبض العقار يكفي فيه التمكن من التصرف ، والتخلية ، وتسليم المفتاح كما سبق في البيع ، وبذلك يدخل تحت يد المشتري وفي ضمانه ، فيجب أن يكون هذا القدر كافياً في صدق الغصب .

ومن أن العرف قاض بأن الغصب إنما يتحقق بالدخول؛ لأن الاستيلاء به يحصّل الازعاج ونحو ذلك .

قال في التذكرة ـ وهنا وفي التحرير جزم باشتراط الدخول[1] ـ والمسألة موضع تردد[2] . ولا يتصور ازعاج الضعيف القوي . ولا أثر لانتفاء الدخول والازعاج إلا اذا كان المالك غائباً فأسكن غيره مع جهل الغير ، فإن في الدروس : إن الآمر غاصب؛ لأن يد المأمور كيده ، والساكن ليس بغاصب وإن ضمن المنفعة[3]

ويشكل بما لو انهدمت الدار وهو فيها مثلاً ، فإن عدم التضمين مع اثبات اليد بغير حق وإن كان مغروراً بعيد ، فإن قال بثبوته ولم يسمه غاصباً فلا مشاحة في التسمية ، ولو دخل العقار لينظر هل يصلح له ، أو ليتخذ مثله لا على قصد الاستيلاء ، قال في التذكرة : لم يكن غاصباً[4] ، لكن لو انهدمت في تلك الحالة ففي الضمان اشكال ينشأ : من أنه قد حصل التلف في يده كما لو أخذ

---

(١) تحرير الأحكام ٢ : ١٣٧ .

(٢) التذكرة ٢ : ٣٧٧.

(٣) الدروس: ٣٠٧.

(٤) التذكرة٢ : ٣٧٧.

ولو دخل الضعيف على القوي في داره وقصد الاستيلاء لم يضمن ، ويضمن لو كان القوي نائباً والحوالة على المباشر لو جامع السبب ، إلاّ مع ضعفه بالتغرير كمن قدّم طعام غيره الى اكل جاهل فالضمان يستقر على الآمر .

ولو دفع غيره في بئر حفرها ثالث فالضمان على الدافع .

ولو فتح رأس زق فقلبته الريح الحادثة وسقط ، أو ذاب بالشمس ففي الضمان اشكال ينشأ : من ضعف المباشر ، ومن أنه لا يقصد بفتح الزق تحصيل الهبوب .

منقولاً من بين يدي مالكه لينظر فيه هل يصلح له فتلف فإنه يضمنه ، ومن الفرق بينهما بأن اليد على العقار حكمية لا حقيقية كاليد على المنقول ، فلا بد في ثبوت اليد على العقار من أمر آخر وهو قصد الاستيلاء .

قوله : (ويضمن لو كان القوي نائباً) .

لحصول الاستيلاء حقيقة .

قوله : (إلاّ مع ضعفه بالتغرير) .

لا وجه لهذا القيد ؛ لأن اسباب الضعف لا تنحصر في التغرير ، فإن عدم صلاحية المباشر لنسبة الفعل اليه موجب لضعفه ، كما في الريح والشمس والنار .

قوله : (ولو دفع غيره في بئر حفرها ثالث فالضمان على الدافع) .

لأنه المباشر ، لأن ذلك الفعل يتولد عنه التلف .

قوله : (ولو فتح رأس زِقّ فقلبته الريح الحادثة وسقط ، أو ذاب بالشمس ففي الضمان اشكال ينشأ : من ضعف المباشر ، ومن أنه لا يقصد بفتح الزق تحصيل الهبوب) .

ولو فك قيدالدابة فشردت ، أو عن المجنون فأبق ، أو فتح قفصاً عن طائر فطار في الحال أو بعد مكث ، أو أزال وكاء الظرف فسال ما فيه ولا يحبسه إلّا الوكاء ، أو فتح رأسه فتقاطرت قطرات وابتل اسفله وسقط ، أو قبض بالبيع الفاسد أو السوم على اشكال ، أو استوفى منفعة الإجارة الفاسدة ، أو ألقى صبياً في مسبعة أو حيواناً يضعف عن الفرار فقتله السبع ضمن .

أي : أو ذاب بالشمس فسقط ، ولا يخفى أن ضعف المباشر ثابت ، فإن الريح والشمس لا يحال على ما يترتب عليهما من التلف ، فيجب الرجوع على السبب فهو هنا بمنزلة المباشر .

ووجه الثاني : إن فتح الزق لا يعد سببا فإنه لا يقصد به توقع الهبوب ، فلا يترتب على فاعله ضمان .

ومثله إذابة الشمس ، ولا يخفى ضعف ذلك؛ لأنه اذا فتح رأس الزق كان وجود المسقط له كثير الحصول ، من ريح فإن وجودها كثير ، وحيوان لا يعقل ، ووجود الشمس على الدوام موجب لتوقع الإذابة . ومعلوم أنه في هذين الموضعين لا يعد غاصباً لما في الظرف؛ لعدم الاستيلاء والنقل له .

واعلم ان عبارة المصنف لا تخلو من شيء ، فإنه لا يقصد بالسبب إلا حصول العلة له أصلاً ، فكيف يستقيم قوله : (ومن أنه لا يقصد بفتح الزق تحصيل الهبوب) فلو قال بدله: ومن أنه لا يقصد بفتح الزق توقع الهبوب لكان أولى .

قوله : (ولو فك قيد الدابة فشردت ، أو عن المجنون فأبق ، أو فتح قفصاً عن طائر فطار في الحال أو بعد مكث ، أو أزال وكاء الظرف فسال ما فيه ولا يحبسه إلا الوكاء ، أو فتح رأسه فتقاطر وابتل اسفله وسقط ، أو قبض بالبيع الفاسد أو السوم على اشكال ، أو استوفى منفعة الاجارة الفاسدة ، أو ألقى صبياً في مسبعة أو حيواناً يضعف عن الفرار فقتله السبع

. . . .

ضمن) .

هذه الصوَر كلها من قبيل ما يتعلق الضمان فيها بالسبب لضعف (المباشر) ، فإذا فك قيد الدابة فشرودها متوقع والمباشر ضعيف . وكذا لو فك القيد عن العبد المجنون ، ومثله من لا يميز ولو كان عاقلاً فلا ضمان ، إذ لا يتوقع منه الفرار حينئذ إلا اذا كان آبقاً ففي الضمان اشكال : من حيث أن فعله يسند اليه؛ لأنه عاقل فالحوالة عليه ، لأنه المباشر بخلاف المجنون ، ومن حيث أنه بهذه العادة قد أشبه الدابة ونحوها مما يوقع نفسه في التلف ، ولأن المالك قد اعتمد ضبطه بذلك فاطلاقه اتلافه[1] ، وهو محل تأمل وإن كان الوجه الأول لا يخلو من وجاهة .

ولو فتح القفص عن الطائر فطار ضمن سواء هاجه أم لا ، ولا فرق بين طيرانه في الحال أو بعد مكث؛ لاستناد الفعل الى السبب إذ طيران الطائر بعد فتح القفص مما يتوقع .

وكذا سقوط الظرف بابتلال اسفله المسبب عند تقاطر قطرات منه؛ لأن ذلك كُله مستند اليه ، إذ توقعه مقصود بفعل السبب وهو إزالة الوكاء ، وهذا اذا كان مائعاً أو كان ذوبانه متوقعاً ، بخلاف الجامد في زمان الشتاء الشديد فإنه محل تأمل .

والمقبوض بالبيع الفاسد مضمون وإن لم يكن مغصوباً ، وكذا المقبوض بالسوم على اشكال ينشأ : من أنه بإذن المالك والأصل البراءة ، ومن أن الاذن لا يقتضي الأمانة مع عموم قوله عليه السلام : « على اليد ما اخذت حتى تؤدي »[2] وقد قبضه لمصلحة نفسه ، والمنفعة المستوفاة بالإجارة الفاسدة مضمونة بأُجرة المثل .

---

(١) في «م»: اتلاف.

(٢) مستدرك الوسائل ٣: ١٤٥، سنن البيهقي ٦: ٩٥، مستند الحاكم٢: ٤٧.

ولو فتح باباً على مال فسرق ، أو دلّ سارقاً أو ازال قيداً عن عبد عاقل فأبق لم يضمن .

وهل العين مضمونة بالاستيفاء؟ يلوح من كلامهم العدم ، والذي ينساق اليه النظر كونها مضمونة؛ لأن التصرف في العين غير جائز فهو بغير حق ، فيكون في حال التصرف استيلاؤه عليها بغير حق وذلك معنى الغصب ، إلا أن كون الاجارة الفاسدة لا تضمن بها كما لا تضمن بالصحيحة مناف لذلك .

فيقال : انه دخل معه على عدم الضمان بهذا الاستيلاء وإن لم يكن مستحقاً ، والأصل براءة الذمة من الضمان ، فلا تكون العين بذلك مضمونة إنما يضمن المنفعة خاصة ولولا ذلك لكان المرتهن ضامناً مع فساد الرهن؛ لأن استيلاءه بغير حق ، وهو باطل .

وكذا يضمن لو ألقى صبياً في مسبعة ، أو حيواناً يضعف عن الفرار كشاة ونحوها فقتله السبع؛ لأن تعريف السبب صادق عليه ، إذ قد أوجد ملزوم علة التلف الذي شأنه أن يقصد معه توقع تلك العلة؛ لأن وجودها معه كثير .

قوله : (ولو فتح باباً على مالٍ فسُرق ، أو دل سارقاً ، أو أزال قيداً عن عبد عاقل لم يضمن) .

قد وقع للمصنف في الارشاد أن حكم بالضمان بدلالة السراق ، وهذا لا ينطبق على أصول مذهبنا من أن المباشر مقدّم على السبب في الضمان حيث لا يكون ضعيفا ، وربما حمل على كون الدال مستأمنا على ذلك المال فإنه يضمن بذلك .

لكن قال شيخنا في شرح الارشاد ونعم ما قال : إن هذا الحمل تعسف؛ لأنه قد ذكر في التحرير اشكالاً في المسألة[1] ، وعلى هذا الحمل فلا وجه

---

(١) تحرير الأحكام ٢ : ١٣٨ .

ولو حفر بئراً في غير ملكه ، أو طرح المعاثر في المسالك ، أو أتلف منفعة كسكنى الدار وركوب الدابة وإن لم يكن هناك غصب ضمن .

للاشكال المذكور ، والأصح خلاف ذلك ، وعلى ما يظهر من شرح الارشاد فالمصنف خالف بذلك جميع الأصحاب .

وأما ازالة القيد عن العبد العاقل فقد عرفت التردد في الآبق ، فيستثنى من هذا الاطلاق .

قوله : (ولو حفر بئراً في غير ملكه ، أو طرح المعاثر في المسالك ، أو أتلف منفعة كسكنى الدار ، وركوب الدابة وإن لم يكن هناك غصب ضمن) .

لا ريب أنه بحفر البئر في غير ملكه ، بل في ملك الغير ، أو في نحو الطريق يضمن ما يتلف فيها . وكذا لو طرح المعاثر ، وهي بفتح الميم والثاء المثلثة : جمع معثرة كمكانس ومعالق كذا قررناه .

ولو اتلف منفعة كسكنى الدار ، وركوب الدابة ضمن ما اتلفه قطعاً ، لكن قوله : (وإن لم يكن هناك غصب) يستقيم اذا لم يستولِ على الدار والدابة ، أو لم يكونا لمالك المنفعة .

فأما الأول فيتصور اذا دخل الضعيف على القوي في داره ، فإن الغصب غير متحقق؛ لانتفاء الاستيلاء مع كونه صاحب يد فيضمن المنفعة قطعاً ، ويمكن ضمان العين أيضاً؛ لليد . وكذا لو ركب الضعيف مع القوي دابته .

والذي يظهر من عباراتهم أن ضمان العين تابع لتحقق الغصب ، ويتصور ضمان المنفعة بغصب المالك داره أو دابته من مستأجرها مع انتفاء مسمى الغصب[1] .

---

(١) «ق» : مع انتفاء الغاصب.

ولو أرسل ماءً في ملكه فأغرق مال غيره ، أو أجج ناراً فأحرق لم يضمن ، ما لم يتجاوز قدر الحاجة اختياراً مع علمه أو غلبة ظنه بالتعدي الى الإضرار فيضمن .

ولو غصب شاة فمات ولدها جوعاً ، أو حبس المالك عن حراسة ماشيته فاتفق تلفها ، أو غصب دابة فتبعها الولد ففي الضمان نظر .

قوله : (ولو أرسل ماءً في ملكه فأغرق مال غيره ، أو أجّج ناراً فاحترق لم يضمن ، ما لم يتجاوز قدر الحاجة اختياراً مع علمه ، أو غلبة ظنه بالتعدي الى الاضرار فيضمن) .

لما كان الناس مسلطين على أموالهم كان للمالك الانتفاع بملكه كيف شاء ، فإن دعت الحاجة الى ارسال ماء ، أو اضرام نار في ملكه جاز فعله وإن غلب على الظن التعدي الى الاضرار بالغير .

نعم مع غلبة الظن بالتعدي إن تجاوز قدر الحاجة ضمن؛ لأنه سبب في التلف لصدق تعريفه عليه إذ المباشر ضعيف ، فحينئذ إنما يتحقق الضمان بالشرطين لا بأحدهما .

قوله : (ولو غصب شاةً فمات ولدها جوعاً ، أو حبس المالك عن حراسة ماشيته فاتفق تلفها ، أو غصب دابة فتبعها الولد ففي الضمان نظر) .

ينشأ : من عدم اثبات اليد على شيء من ذلك وانتفاء مباشرة الاتلاف ، ومن أنه سبب . والأولى أن يقال : منشأ النظر الشك في كونه سبباً في التلف وعدمه ، لانتفاء المباشرة للاتلاف والغصب .

والتحقيق أن يقال : إن قصد توقع العلة في التلف بغصب الشاة ، والدابة ، وحبس المالك عن حراسة الماشية بحيث يكون التلف متوقعاً فالضمان ثابت ، ومعه فالضمان لازم لضعف المباشرة .

ولو منع غيره من امساك دابته المرسلة فتلفت ، أو من القعود على بساطه ، أو منعه من بيع متاعه فنقصت قيمته السوقيـة أو تلفت عينه لم يضمن .

ومثله ما لو منع المالك من امساك دابته المرسلة حيث يتوقع تلفهـا مع بقائها مرسلة ، ويختلف الأمر في ذلك باختلاف الأحوال ، فربما كان بقاء الدابة مرسلة اياما واشهرا معتاداً ، لا يتوقع معه التلف فلا ضمان لو حبس المالـك فاتفق على سبيل الندرة التلف .

وقد توقف المصنف في التذكرة في التضمين بهذا[1] ، وفي التحرير افتى بالعدم[2] ، وربما أمكن أن يستفاد هذا الشرط الذي ذكرناه من الوصف بكونها مرسلة؛ لأنه لو لم يكن له دخل في توقع التلف الحبس لم يكن لذكره فائدة اصلاً بل كان لغواً .

ومثله ما لو مىع المالك من القعود على بساطه ، وكان تلفه حينئذ بسبب آخر متوقعاً فيكون مختاره في الكتاب غير مرضي . أما لو منعه من بيع متاعه فنقصت قيمته السوقية ، مع بقاء العين وصفاتها لم يضمن قطعاً؛ لأن الفائت ليس مالاً بل الفائت اكتساب مال .

ولو منعه من بيعه فاتفق تلفه فلا ضمان؛ لعدم تحقق معنى السببية في التلف بالمنع من البيع ، إذ ليس مما يقصد بمنع البيع توقع حدوث علة التلف .

ولو كان الحيوان مشرفاً على الموت فمنعه من بيعه ليذكيه المشتري ، أو منعه من تذكيته فهنا يحتمل الضمان احتمالاً لا يخلو من وجه؛ لـوجود معنى السببية ، ولم أجد بذلك تصريحاً والى هذه المسائل اشار بقوله : (ولو منع غيره من امساك دابته . . .) .

---

(١) التذكرة ٢ : ٣٧٦ .

(٢) تحرير الأحكام٢ : ١٣٧ .

ولو مدّ بمقود دابة فقادها ضمن ، إلّا أن يكون المالك راكباً قادراً .

ويضمن حمل الغصب لا حمل المبيع بالفاسد والسوم ، والحر لا يضمن بالغصب وإن كان صغيراً .

قوله : (ولو مدّ بمقود دابة فقادها ضمن ، إلا أن يكون المالك راكباً قادراً) .

أي : قادراً على دفعه؛ لانتفاء الاستيلاء الذي هو مسمّى الغصب ، ولو اتفق تلفها بذلك ضمنها كما نص عليه في التحرير[1]؛ لأنه جان عليها . ولو لم تتلف فهل يضمن منفعتها اذا مدّ بمقودها والمالك القادر على دفعه راكب؟ يحتمل ذلك؛ لأن منافع غير الحر تضمن بالفوات وقد باشر فواتها .

فرع : لو ساق الدابة قدّامه بحيث صار مستولياً عليها لكونها تحت يده ولاجماح لها فهو غاصب؛ لتحقق معنى الغصب ، ولو كان لها جماح فتردت بسوقه في بئر ضمن بالسببية .

لو جلس على خشبة الغير ، أو حجر له من غير أن يتلفه فهل هو كركوب الدابة ، والجلوس على فراشه من غير أن ينقل واحد منهما؟ فيه نظر ، أما السرير فإلحاقه بالفراش قوي .

قوله : (ويضمن حمل الغصب لا حمل المبيع بالفاسد) .

أما حمل الغصب فإنه مغصوب كالأصل ، وأما حمل المبيع فإنه ليس مبيعاً ، إذ لا يندرج الحمل في بيع الأم ، فيكون أمانة في يد المشتري لأصالة عدم الضمان ، ولأن تسلمه باذن المالك الذي هو البائع .

قوله : (والحر لا يضمن بالغصب) .

لانه ليس مالاً ، فلا يدخل تحت اليد .

---

(١) تحرير الأحكام ٢ : ٣١٧ .

ولـو تلف الصغير في يـد الغاصب بسبب كلدغ الحية ، ووقـوع الحائط ضمن على رأي .

ولو استخدم الحر فعليه الأُجرة ، ولو استأجره لعمـل فاعتقله ولم يستعمله ففي استقرار الأُجرة نظر .

قوله : (ولو تلف الصغير في يـد الغاصب بسبب كلدغ الحيـة ، ووقوع الحائط ضمن على رأي) .

الرأي للشيخ[1] ، وله قول آخر بعدم الضمان[2] ، والتفات القولين الى انتفاء اليد ، والتلف ناشىء عن غيره فلا مقتضي للضمان والأصل البراءة ، والى أنه سبب الاتلاف ؛ لأنه لا يستطيع دفع المهلكات عن نفسه وعروضها اكثري .

وقد يقصد توقع التلف بغصبه وقطعه عمن يعتني بأمره ، ولأن المناسب بعدوانه في الاستيلاء عليه ظلماً الضمان وإن لم يُسم غاصباً ، ولأنه أحوط ، وبه افتى جمع من الاصحاب[3] ، وفي الدروس ساوى بينه وبين المجنون[4] ، وهو الأصح .

والظاهر أن المراد بالصغير : الذي لم يميّز ، مع احتمـال الضمان في المميز الضعيف عن الفرار من المهلكات ، ولو كـان بالشخص خبـل أو بلغ بالكبر مرتبة الصغير فهل يلحق به؟ احتمال .

قوله : (ولو استأجره لعمل فاعتقله ولم يستعمله ففي استقرار الأُجره نظر) .

أي : لو استأجر (الحر)[5] لعمل معيّن فحبسه مدة يمكن استيفاء ذلك

---

(١) الخلاف٢:١٠٥ مسألة ٤٠ كتاب الغصب.

(٢) المبسوط٣: ١٠٥ .

(٣) في «م»: جميع الأصحاب.

(٤) الدروس: ٣٠٧.

(٥) لم ترد في «ق».

ولو حبس صانعاً ولم ينتفع به لم يضمن أُجرته .

ولو استأجر دابة أو عبداً فحبسه بقدر الإنتفاع ضمن ، ولو غصب خمراً من مسلم أو متظاهر لم يضمن وإن كان كافراً ،

العمل في مثلها ففي استقرار الأجرة عليه نظر ينشأ : من أن الأُجرة وجبت بالعقد ، وقد انقضى زمان يمكن فيه العمل مع بذل المؤجر ومنع المستأجر فيستقر ، كما لو استأجره زماناً وحبسه حتى انقضى ذلك الزمان . ومن أن منافع الحر لا تدخل تحت اليد تبعاً له ولم يحصل التفويت ، ولأصالة البراءة من الاستقرار .

وربما بني الوجهان على أن اجارة الحر نفسه هل هي تمليك للمنافع بعوض أو التزام العمل في ذمته؟ يحتمل الأول؛ لأن للمستأجر أن يتصرف فيها بالاجارة وغيرها . فلهذا لو استعمله آخر ضمن أجرة المثل . ويحتمل الثاني؛ لأن المنافع معدومة وليست تابعة لعين مملوكة فكيف تملك ، فعلى الأول يستقر وعلى الثاني لا . وفي هذا البناء نظر ، إذ لا يلزم من ملك المنافع استقرار الأُجرة بالحبس المدة المذكورة؛ لأن العقد المملّك اذا لم يوجب الاستقرار فلا دليل على ثبوته بمضي المدة المذكورة .

ووجّه شيخنا الشهيد الاستقرار في بعض حواشيه : بأن المنافع ملكها المستأجر ، وتلفها مستند الى فعله ، ويؤيده الحكم باستقرار الأُجرة على قلع الضرس مع البرء وسبق التمكين من قلعه ، وقال بالعمل ليخرج الاستئجار مدة معيّنة ، إذ لا نزاع في استقرار الأُجرة بمضيها متمكناً ، وسيأتي إن شاء الله تعالى في الاجارة تحقيق ذلك ، والأصح في مسألة الكتاب عدم الاستقرار .

قوله : (ولو غصب خمراً من مسلم ، أو متظاهر لم يضمن وإن كان كافراً) .

أي : وإن كان الغاصب كافراً؛ لعدم كون الخمر مما يتمول في ملة

ويضمن من الكافر المستتر وإن كان مسلماً بالقيمة عند مستحليه لا بالمثل وإن اتلف الكافر على اشكال .

الاسلام ، فلا يضمن للمسلم وإن اتخذها للتخليل ، نعم يأثم الغاصب هنا ويعزر ، وأما الكافر المتظاهر فإن الخمر عنده كالخمر في يد المسلم .

قوله : (ويضمن من الكافر المستتر وإن كان مسلماً) .

أي : وإن كان الغاصب مسلماً؛ لأنها مال بالاضافة اليه وقد أقر على ذلك ، ولم تجز مزاحمته فيه .

قوله : (بالقيمة عند مستحليه لا بالمثل وإن أتلف الكافر على اشكال) .

اذا كان متلف خمر الكافر المستتر مسلماً فلا بحث في وجوب القيمة عليه؛ لاستحالة ثبوت الخمر في ذمة المسلم ، وأما اذا كان المتلف كافراً ففي وجوب المثل أو القيمة اشكال ينشأ : من أنه مال مملوك لهم وهو مثلي فيضمن بالمثل ، وهو أحد قولي ابن البراج[١] . ومن أنه يمتنع في شرع الاسلام الحكم باستحقاق الخمر ، وإن كنّا لا نعترضهم اذا لم يتظاهروا بها ، فامتنع الحكم بالمثل لعارض فيجب الانتقال الى القيمة ، كما اذا تعذر المثل في المثلي ، وهو القول الآخر لابن البراج[٢] .

والأصح وجوب القيمة اذا تحاكموا إلينا ، والحكم بالمثل بعيد جداً ، فإنهم متى اظهروا الخمر زال احترامها[٣] .

فإن قيل : لا يلزم من الحكم باستحقاقها اظهارها .

قلنا : الحكم باستحقاقها ينجر الى الاظهار اذا امتنع من الأداء فإنه يحبس

---

(١) نقل قوله العلامة في المختلف: ٤٥٩.

(٢) المهذب ١ : ٤٥٠.

(٣) في «م»: امتناعها.

ولو نقل صبياً حراً الى مضيعة فافترسه سبع ففي الضمان اشكال .

ولو فتح الزق عن جامد فقرّب غيره النار منه حتى ذاب فالضمان على الثاني .

والأيدي المترتبة على يد الغاصب أيدي ضمان ،

حتى يؤدي ، وذلك مناف للاستتار ، والأصح وجوب القيمة .

قوله : (ولو نقل صبياً حراً الى مضيعة فافترسه سبع ففي الضمان اشكال) .

ينشأ : من أن الحر لا يدخل تحت اليد فلا يضمن ، ومن أنه التسبيب الى هلاكه ، وليس هذا الاشكال بشيء بعد ما سبق في كلامه : من أن الصبي اذا ألقاه في مسبعة فافترسه سبع ضمنه ، وكذا ضمانه لو تلف بسبب لدغ الحية ، ووقوع الحائط على الرائي ، فإن إلقاءه في مضيعة أقرب الى توقع علة الهلاك من هذه الأخيرة ، والأصح الضمان فيه وفي المجنون كما سبق .

قوله : (ولو فتح الزق عن جامد فقرّب غيره النار منه حتى ذاب فالضمان على الثاني) .

لأنه وإن كان سبباً إلا أنه أقرب من الأول .

قوله : (والايدي المترتبة على ايد الغاصب ايدي ضمان) .

لعموم : « على اليد ما اخذت حتى تؤدي »[1] ولصدق الاستيلاء بغير حق ، وعلى ما ذكره في الدروس : من أن الجاهل بغصب البيت اذا سكن فيه بأمر الغاصب يضمن المنفعة خاصة[2] ، على ما يلوح من عبارته ـ : يجب استثناء هذا ، وفيه توقف .

---

(١) مستدرك الوسائل ٣: ١٤٥، سنن البيهقي ٦: ٩٥، مستدرك الحاكم٢: ٤٧.

(٢) الدروس: ٣٠٧.

فيتخير المالك بين أن يطالب الغاصب عند التلف ومن ترتب يده على يده ، سواء علم الغصب أو لا ،وسواء كانت أيديهم يد غصب للغاصب أو لا ، وسواء استعاده الغاصب غصباً أو لا .

وللمالك الرجوع على الجميع ببدل واحد ، لكن الثاني إن علم بالغصب طولب بكل ما يطالب به الغاصب ، ويستقر الضمان عليه اذا تلف عنده ، فلا يرجع على الأول لو رجع عليه ، ويرجع الأول عليه لو رجع على الأول .

قوله : (فيتخير المالك بين أن يطالب الغاصب عند التلف ومن ترتب يده على يده ، سواء علم بالغصب أو لا ، وسواء كانت ايديهم يد عصب للغاصب أم لا ، وسواء استعاده الغاصب أم لا) .

لعموم قوله عليه السلام : « على اليد ما اخذت حتى تؤدي »[1] والجهالة لا تقدح في الضمان وإن انتفى معها الاثم ؛ لامتناع خطاب التكليف في حق الجاهل ، بخلاف خطاب الوضع . والظاهر أن للمالك مطالبة من ترتبت يده على يد الغاصب مع عدم التلف بتسليم العين أو البدل للحيلولة .

قوله : (وللمالك الرجوع على الجميع ببدل واحد)

لأن المستحق له شيء واحد فلا يكون له بدل متعدد ، وهو مخيّر إن شاء أخذ البدل من الجميع ، وإن شاء أخذ البدل بعينه باختياره .

قوله : (لكن الثاني إن علم بالغصب طولب بكل ما يطالب به الغاصب) .

لأنه غاصب ، فجميع ما يترتب على الغاصب من التغليظ كأعلى القيم على القول به يترتب عليه .

قوله : (ويستقر الضمان عليه اذا تلف عنده ، فلا يرجع على الأول

---

(١) عوالي اللآلي ١ : ٢٢٤ حديث ١٠٦ ، مستدرك الوسائل ٣ : ١٤٥ سنن البيهقي٦ : ٩٥ ، مستدرك الحاكم٢ : ٤٧ .

هذا اذا تساوت القيمة ، أو كانت في يد الثاني أكثر .

ولو زادت في يد الأول طولب بالزيادة دون الثاني .

ولو جهل الثاني الغصب : فإن كان وضع يده يد ضمان كالعارية المضمونة والمقبوض بالسوم والبيع الفاسد فقرار الضمان على الثاني ، وإلّا فعلى الأول

لو رجع عليه ، ويرجع الأول عليه لو رجع على الأول) .

لاستوائهما في كون كل منهما غاصباً ، وانفرد الثاني بزيادة وهي كون التلف في يده فيختص بعهدته ، فلو رجع على الأول استحق الرجوع عليه دون العكس .

قوله : (هذا اذا تساوت القيمة ، أو كانت في يد الثاني اكثر ، ولو زادت في يد الأول طولب بالزيادة السوقية) .

بناء هذا الحكم على أن الغاصب يضمن اعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف ، فقوله : (هذا) اشارة الى ما ذكره من استقرار الضمان كله على الثاني ، فإن ذلك لا يستقيم إلا اذا لم يختص الأول بشيء لم يشاركه الثاني فيه ، وهو كون القيمة السوقية في يده اكثر ، فإن تلك الزيادة مستحقة للمالك وعهدتها على من حصلت في يده ، فإنه حينئذ يطالب بالزيادة وحده .

وأما الثاني فيطالب بأعلى القيم في يده ، وسيأتي إن شاء الله تعالى أن المختار وجوب القيمة حين التلف خاصة فلا يتم ما ذكره . وعلى القول بأن الواجب قيمته يوم القبض ، فلو كانت اعلى اغرم الثاني ما عدا الزيادة واغرم الأول الزيادة .

قوله : (فلو جهل الثاني الغصب ، فإن كان وضعُ يده وضع يد ضمان كالعارية المضمونة ، والمقبوض بالسوم ، والبيع الفاسد فقرار الضمان على الثاني ، وإلا فعلى الأول) .

هذا قسيم قوله :(لكن الثاني إن علم بالغصب) .

وحقه أن يكون بالواو (ولو جهل) أي : اذا كان الثاني جاهلاً بالغصب فلا يخلو :

إما أن يكون اثبات يده على العين المغصوبة على وجه كونه مضموناً كالعارية المضمونة ، أي : كأن يستعير من الغاصب باعتقاد أنه المالك عارية مضمونة لكونها ذهباً أو فضة ، أو مشروطاً ضمانها ، وكما لو قبضه منه كذلك بالسوم بناء على أنه مضمون .

وقد سبق من المصنف فيه اشكال ، واخترنا كونه مضموناً ، وكما لو قبضه بالبيع الفاسد الذي اختل فيه أحد الأمور المعتبرة في البيع سوى كون العين مضمونة ، أو على وجه كونه غير مضمون فإن كان الأول فقرار الضمان على الثاني؛ وذلك لأن دخوله على أن العين مضمونة عليه إما بالتزامه أو بمقتضى الحكم الشرعي ، فلا أثر لغروره بكون العين ملكاً للغاصب وإنما يؤثر الغرور ان لو كان بريئاً من الضمان على تقدير كون العين ملكاً للغاصب فيكون الضمان اذا ظهر كونها ملكا لآخر وانه غصبها منه بتغريره .

وتوضيح ذلك أن العين المغصوبة اذا اثبت الثاني الجاهل بالغصب يده عليها لايداع الغاصب إياه مثلاً ، فتلفت بغير تفريط ، ثم ظهر كونها مغصوبة فاغرم المالك الثاني ، فإنه يرجع على الغاصب لأنه غره بكون العين ملكاً له ، وانه سلمه اياها امانة وقد ظهر كونها مضمونة ، والمغرور يرجع على من غره .

بخلاف ما لو سلمه إياها عارية مضمونة ، فإنها لو كانت ملكاً للدافع وتلفت في يد المستعير يلزمه الضمان ، فلم يلزمه بتغريره إياه بكونها ملكاً له ضمان لم يكن لازماً له على تقدير الملك .

وكذا لو قبضها بالبيع الفاسد ، سواء علما فساد البيع أو لا ؛ لأن المقبوض

كالوديعة والرهن والوكالة .

بالبيع الفاسد مضمون على القابض بالمثل أو القيمة كائناً ما كان وإن استحق الرجوع بالثمن ، سواء زادت القيمة على الثمن أم لا ؛ لوجوب التراد ، ومع التفاوت ينتقل الى البدل كما حققناه في البيع .

فإن قلت : فكيف يرجع المشتري الجاهل على الغاصب لو اغرمه المالك القيمة بجميعها وإن زادت على الثمن مع أن البيع فاسد لكون العين مضمونة مع أن استقرار التلف في يده ، وهو مناف لهذا .

قلنا : لا منافاة؛ لأن المراد بفساد البيع فساده بما عدا كون العين مضمونة[1] حتى لا يكون للغرور مدخل ، فإنه على ذلك التقدير يضمن العين وإن كانت ملكاً للغاصب .

أما اذا كان البيع صحيحاً لولا الغصب فإن التغرير قائم ، فإنه دخل على أن البيع صحيح لكون العين ملكاً للبائع وأن ما زاد على الثمن له ومنافعها مجاناً ، فاذا ظهر كونها ملكاً للآخر وأن البائع غاصب فقد فات ذلك وثبت تغريره إياه ، فيرجع عليه بكل ما لولا الغصب لكان له بغير عوض سوى الثمن .

والحاصل ان الضابط : أن كل شيء لكون فرض الغاصب فيه مالكاً لا يلزم الثاني فيه غرم له الرجوع فيه ، وما يلزمه فيه الغرم على تقدير كونه مالكاً لا تغرير فيه ولا رجوع به .

قوله : (كالوديعة والرهن والوكالة) .

مثله الاجارة والجعالة والمزارعة والمساقاة والمرجع الى الضابط الذي ذكرناه .

---

(١) في «م»: مغصوبة.

ومهما أتلف الآخذ من الغاصب فقرار الضمان عليه ، إلاّ مع الغرور كما لو أضافه به .

ولو كان الغرور للمالك فالضمان على الغار ، وكذا لو أودعه المالك أو آجره إياه .

قوله : (ومهما اتلف الآخذ من الغاصب فقرار الضمان عليه إلا مع الغرور كما لو أضافه به) .

لأن الضيف مغرور باعتقاده أن يد المضيّف يد ملك وانه قد أباحه الطعام مجاناً فظهر خلافه .

قوله : (ولو كان الغرور للمالك فالضمان على الغار) .

لأن المباشر ضعيف بالغرور فيرجع على السبب .

فإن قلت : قد سلّط الغاصب المالك على ماله فصار بيده فبرىء الغاصب ، فاذا اتلفه لم يكن له على الغاصب رجوع .

قلنا : ليس هذا هو التسليم الواجب ، فإن تسليطه إياه على اتلافه بالضيافة ونحوها لا يتضمن التسليم التام ، فإن التسليم التام هو تسليمه إياه على أنه ملكه يتصرف به كتصرف المالك ، ومع اعتقاده أن الطعام للغاصب وأنه قد أباحه اتلافه بالضيافة ، فالتسليم المذكور منتف فيضمنه الغاصب للمالك .

قوله : (وكذا لو اودعه المالك أو آجره إياه) .

أي : يرجع عليه بعوض العين ، وكذا (يضمن)[1] بالمنافع وعوض الاجارة للتغرير ، فإن التسليم المذكور ليس تاماً ، إذ هو على طريق النيابة عن الغاصب في الحفظ أو استيفاء المنفعة المستحقة بالعوض .

---

(١) لم ترد في «م».

ولو وهبه الغاصب من آخر ، فرجع المالك عليه احتمل رجوعه على الغاصب لغروره ، وعدمه لأن الهبة لا تستعقب الضمان .

ولو زوّج الجارية من المالك فاستولدها مع الجهل نفذ الاستيلاد وبرىء الغاصب ،

قوله : (ولو وهبه الغاصب من آخر فرجع المالك عليه احتمل رجوعه على الغاصب لغروره ، وعدمه ؛ لأن الهبة لا تستعقب الضمان) .

أي : لو وهب المغصوب الغاصب من شخص آخر فتلف في يده بدليل قوله : (لغروره) ولأنه مع بقاء العين وأخذ المالك إياها لا يعقل رجوع المتهب على الغاصب ، فإن غاية ما هناك كون الهبة فاسدة لكون العين مغصوبة ، وهو لا يقتضي تضمينه .

فإن المالك اذا رجع على المتهب ، الذي تلف المغصوب في يده يحتمل رجوعه على الغاصب؛ لأنه غره بكون ذلك ملكه ، وأنه قد وهبه إياه . ومقتضى الهبة انه اذا تلف في يده لا يلزمه عوضه ، فتبين خلاف ذلك بظهور كونه مغصوباً والمغرور يرجع على من غره .

ويحتمل عدم الرجوع؛ لأن الهبة لا تقتضي ضمان الواهب العين للمتهب ، لأنه أخذها على أنها اذا تلفت يكون تلفها منه ، وليس هذا الأخير بشيء؛ لأنها وإن لم تقتض الضمان إلا أنها لا تنفي الغرور فيجب مقتضاه وهو الأصح ، وهذا اذا لم تكن الهبة معوضة ، فإن كانت معوضة فليس بعيداً كونها كالبيع الذي يستجمع شرائط الصحة لولا الغصب .

قوله : (ولو زوّج الجارية من المالك فاستولدها مع الجهل نفذ الاستيلاد وبرىء الغاصب) .

لا ريب في نفوذ الاستيلاد لتحقق المعنى المقتضى ، وهو اتيانها بولد من المالك ، وليس هذا كصيغة العتق التي إنما تصح مع القصد ، فإن من أولد

وفي الأرش اشكال ، وكذا لو وهب منه .

مملوكة الغير ثم تبيّن الحال كان الاستيلاد نافذا ، ومع تحقق ذلك حجر على المالك في اخراجها عنه ، وانقطعت سلطنة الغاصب عنها بحسب الظاهر ، فيبرأ الغاصب بحصول التسليم التام ، والى هذا اشار بقوله : (ويبرىء الغاصب) .

ولقائل أن يقول : إن اطلاق براءة الغاصب لا يستقيم ، بل ينبغي تقييدها بما اذا علم الحال ، فلو تلفت قبل ظهور الحال وهي بيد المالك على أنها زوجته وهي مملوكة للغاصب فأين البراءة مع كون التسليم غير تام ، وكان عليه أن يستشكل البراءة في هذا القسم ، كما استشكل في قوله ، إلا في الأخير فإن الحكم فيهما متقارب بل البراءة هناك أولى .

قوله : (وفي الأرش اشكال) .

ينشأ : من أن ذلك بفعل المالك ، وأنه لم يأذن فيه الغاصب صريحاً ، وإنما توهم المالك جوازه باعتقاد صحة النكاح فيكون كنماء البيع وما جرى مجراه . ومن أنه غره حيث سلّطه عليه بالنكاح على أنها مملوكة الغاصب ، فجرى مجرى ما لو ضيّفه بطعامه ، وهو الأصح . وكذا نظائره في البيع وغيره .

اذا تقرر ذلك فالأرش عن تفاوت ما بين قيمتها طلقاً يتصرف بها أي تصرف أراد متى أراد ، وبين قيمتها ممنوعاً من اخراجها عن الملك مع تجويز عروض زواله قريباً وبعيداً ، وتجويز عدمه؛ لأنه لا يعلم هل يموت ولدها أم يبقى ، بل يجوز بقاؤه وموته بعد ساعة وبعد زمان طويل . وتفاوت ما بين القيمتين هو الأرش .

وإنما حققنا الأرش بما ذكرناه؛ ليعلم أنه اذا مات الولد ورجعت طلقاً لا يستعاد من المالك ، لأن العيب الذي ثبت لم يزل وإنما انقطع بعد مدة ، والمأخوذ أرشاً إنما أُخذ على تقدير رجاء انقطاعه وعروض زواله ، فما توهمه

ولو قال : هو عبدي فاعتِقه فاعتَقه فالأقوى النفوذ ،

بعضهم من احتمال استرداده بموت الولد ليس بشيء .

قوله : (ولو قال : هو عبدي فاعتقه ، فاعتقه فالأقرب النفوذ) .

أي : لو قال الغاصب للمالك : هو ـ أي العبد المغصوب ـ عبدي فاعتقه عنك ، بدليل ما سيأتي من قوله : (ولو قال : اعتقه عني) ولأن النفوذ لولا ذلك ضعيف ، فاعتقه المالك عن نفسه بقول الغاصب على أنه ملك للغاصب فالأقوى نفوذ العتق ؛ لأنه عتق صدر من اهله في محله فيكون نافذاً .

ويحتمل العدم ؛ لأنه لم يقصد اعتاق عبده بل قصد اعتاق عبد الغاصب ، والايقاعات والعقود تابعة للقصود . وربما رجّح الأول بكون العتق مبنياً على التغليب ، وبأن الملك الحقيقي المعتبر في العتق اقوى من الضمني .

والذي يقتضيه التحقيق أن العتق المقصود ـ وهو عتق عبد الغاصب عن المعتق الذي هو المالك في نفس الأمر ، والذي يحاول وقوعه ـ هو عتق عبد المالك ، واحدهما غير الآخر .

فإن كان القصد معتبراً فالمقصود غير واقع فيكون منتفياً ، والآخر غير مقصود فلا يكون صحيحاً . وكون العتق مبنياً على التغليب لا يدفع ذلك ؛ لأن هذا البناء فرع وقوعه صحيحاً ، والملك وحده غير كاف في وقوع العتق من دون صيغة صحيحة ، وادعاء كون هذا عتقا صدر من اهله في محله في موضع المنع .

وإن كان القصد غير معتبر فيجب الحكم بوقوعه على كل حال ، سواء اوقعه عن نفسه أو عن الغاصب ، لأنه يملك فكه من الرق وقد حصلت الصيغة ، والقصد غير معتبر بل يلزم أنه متى قصد اعتاق عبد الغير ظاهراً وتحريره بوكالة ، ثم ظهر كونه مملوكاً له في وقت الاعتاق بإرث أو شراء من وكيل ونحوه يجب الحكم بصحته ونفوذه ، وهو من أبعد الأشياء .

وفي الغرم اشكال ينشأ : من الغرور ، ومن زوال الملك بإزالته والصرف الى مصلحته .

هذا مع أن في اعتاق عبده الذي لو اعلمه لم يرض بعتقه ، وقطع سلطنته عنه ضررا عظيما منفياً بقوله عليه السلام: « لا ضرر ولا ضرار »[1] وربما قصد الغير الاضرار بالمالك ، فدلّس عليه عبده ثم سلطه على اعتاقه عن نفسه على أنه ملك الغير ، فيكون في الحكم بنفوذ العتق بلوغ المراد من الاضرار به ، مع أنه ربما لم تثبت يده عليه فلا يستحق عليه شيئاً قطعاً ، وهذا من ابعد ما يستبعد ، وفي حواشي شيخنا الشهيد أنه لا ينفذ ، وهو الذي يقوى في النفس ، واختاره في التحرير[2] .

واعلم ان الغاصب لو لم يقل : هو عبدي ، بل اثبت يده عليه على وجه يقتضي الملك ظاهراً ، ثم قال له : اعتقه عنك ، فإن الأحكام تجري فيه كما تجري أحكام البيع وغيرها وإن لم يقل للمشتري : هو عبدي ، بل اعتمد على يده الدالة على كونه ملكا له .

قوله : (وفي الغرم اشكال ينشأ : من الغرور ، ومن زوال الملك بازالته والصرف الى مصلحته) .

أي : بناء على نفوذ العتق في غرم الغاصب للمالك قيمة العبد الذي اعتقه عن نفسه اشكال ينشأ : من أنه اتلف عبد نفسه بتغرير الغاصب ، حيث قال انه عبده ، فكان كما لو ضيّف المالك بطعامه .

ومن أن المباشر لإزالة الملك إنما هو المالك وقد صرفه الى مصلحته ، حيث اعتقه عن نفسه فاستحق الولاء إن كان تبرعاً والثواب .

---

(١) الكافي٥: ٢٨٠ حديث ٤ و٢٩٢، ٢٩٤ حديث٢، ٨، الفقيه٣: ١٤٧ حديث ٦٤٨، التهذيب٧: ١٤٦، ١٦٤ حديث ٦٥١، ٧٢٧.

(٢) تحرير الأحكام ٢ : ١٣٩ .

ولو قال : اعتقه عني ففعل ففي وقوعه عن الغاصب اشكال .

ولو أمر المالك بذبح الشاة فذبحها جاهلاً بها ضمن الغاصب ، ولو أمره بالأكل فباع ، أو بالعكس ، أو عمم الانتفاع فالأقرب زوال الضمان

ولا ريب في ضعف الثاني ؛ لأن صرفه الى مصلحته بفعله اذا كان مغروراً ولم يحصل التسليم التام لا ينافي استحقاق الرجوع عليه للغرور ، ولا ريب أن استحقاق الرجوع بالغرم لو قلنا بنفوذ العتق أقوى .

قوله : (ولو قال : اعتقه عني ففعل ففي وقوعه عن الغاصب اشكال) .

أي : لو قال الغاصب للعبد الذي هو المالك له ظاهراً للمالك الجاهل بالحال : اعتقه عني ففي وقوعه عن الغاصب اشكال ينشأ : من أنه عتق صدر من اهله في محله ، حيث أنه وقع بفعل المالك ، والعبد صالح لتعلق العتق به ، والغاصب قابل لوقوع العتق عنه .

ومن أنه إنما اعتقه نيابة عن الغاصب على أنه وكيله ، لكون العبد مملوكاً (له)[1] ظاهراً فلا يقع . والأصح عدم وقوع العتق[2] ، وقد بينا وجهه سابقاً .

فرع : لو فتح باباً على عبد محبوس فهرب ضمنه عند الشيخ[3] ، سواء كان كبيراً أو صغيراً[4] ، عاقلاً أو مجنوناً ، آبقاً أو لا .

قوله : (ولو أمر المالك بذبح الشاة فذبحها جاهلا بها ضمن) .

لكونه مغروراً ، ولا أثر لكون ذلك بفعله ، كما نبهنا عليه غير مرة .

قوله : (ولو أمره بالأكل فباع ، أو بالعكس ، أو عمم الانتفاع

---

(١) لم ترد في «ق».

(٢) في «م»: عدم الوقوع.

(٣) المبسوط ٣: ٨٩.

(٤) في «ق»: صغيراً أم كبيراً.

إلّا في الأخير على اشكال .

فالأقرب زوال الضمان إلا في الأخير على اشكال) .

أي : لو أمر الغاصب المالك بأكل العين فخالف ، أو بالعكس ، وبالجملة اذا اذن له في نوع من التصرف فأتى بنوع آخر غير مأذون فيه ، او عمم له الانتفاع ، أي : اذن له في جميع الانتفاعات فانتفع فأتلف العين أو بعضها ، أو تلفت في يده بعد التعميم المذكور فالأقرب عند المصنف زوال الضمان فيما عدا صورة الأخير ، يعني ما اذا عمم له الانتفاع .

ووجه القرب : أنه قد تصرف باختياره لا بقول الغاصب فصادف التصرف ملك نفسه ، ولأن العين لو كانت مملوكة للغاصب لكان على المتصرف بمخالفة الأمر الضمان ، وكل ما يقتضي الضمان على تقدير الملك لا يتصور فيه الغرور ، إذ تغريره إنما هو بكونه ملكاً له ، وعلى تقدير الملك فالضمان ثابت ، وقد بينا ذلك .

ويحتمل ضعيفاً العدم؛ لأنه تصرف عن أمر الغاصب ولم يتحقق وصول ملكه اليه على الوجه المعتبر بالتسليم التام فرجع[1] عليه . وليس بشيء ، لأنه لم يتصرف عن أمر الغاصب ، (إذ الفرض)[2] أنه خالفه وفعل ما يوجب الضمان ، والأصح زوال الضمان هنا .

أما اذا عمم له الانتفاع ، وهو الصورة الأخيرة ففي زوال الضمان وعدمه اشكال : من أنه مغرور بكون الملك للغاصب ، وأن انواع التصرفات مجوّزة له من قبله فيكون كما لو قدّم طعام الغير اليه فأكله جاهلاً . ومن أنه قد سلّم اليه ماله تسليماً تاماً وبرىء منه ، فاتلافه إياه وتلفه بعد ذلك لا يكون مضموناً على الغاصب ، إذ الواجب عليه منحصر في تسليم المالك ماله وتمكينه وقد فعل

---

(١) في «م»: فيرجع.
(٢) في «ق»: والفرض.

. . . .

فوجب الحكم ببراءته ، وإلا لم يكن الواجب منحصراً فيما ذكر ، هذا خلف .

ومثله ما اذا وهب المالك (ماله)[١] هبة غير لازمة .

والذي يكشف عن وجه المسألة أن الواجب على الغاصب تسليم العين الى المالك تسليماً تنقطع به سلطنة الغاصب عن العين بالكلية ، بحيث يصير المالك في سعة من التصرف وعدمه ، وتكون يده يد مالك وتصرفه تصرف مالك .

فمتى كان تسليم العين اليه على وجه يعتقد أن يده يد متفرعة على يد غيره ، وأن الغير بصدد أن يرجع الى العين فيأخذها ، وأنه يجب عليه بالطلب تسليمها اليه ، وأن تصرفه فيها مقصور على الاذن بسبب عنه بمجرد الاباحة فالذي يقتضيه النظر أنه لا يكون تسليما تاماً ولا تتحقق البراءة به ، فحينئذ تكون العهدة على الغاصب الى أن يحصل التسليم الواجب المبرىء للذمة ، فإن تلفت العين أو اتلفها المالك بإذن من الغاصب فالتغرير قائم فيتجه الرجوع على الغاصب .

ومثله الهبة التي يجوز الرجوع فيها؛ لانتفاء التسليم التام بالمعنى الذي ذكرناه عنها . ويشكل على هذا ما سبق من أن الدين اذا أدّاه المديون لا يشترط للبراءة أن يعلم به المالك ، بل يجوز أن يكون في صورة الهدية ، ولا يكاد يتحقق الفرق بين المديون والغاصب في ذلك .

ولو باع الغاصب المالك فليس ببعيد أن يقال : إن ما ساوى الثمن من القيمة لا يرجع به؛ لأنه مضمون ، وما زاد محل التردد ـ كما هنا ـ نظراً الى التردد في صدق التسليم التام وعدمه . أما لو أقرضه المالك فليس ببعيد زوال الضمان؛ لصدق التسليم التام حينئذ .

(١) لم ترد في «م».

الركن الثاني: : المحل : المغصوب : إما عين أو منفعة ، والأعيان : إما حيوان أو غيره ، فالحيوان يضمن نفسه حتى العبد بالجناية ، وباليد العادية بأقصى القيمة .

قوله : (المغصوب : إما عين أو منفعة ، والاعيان إما حيوان أو غيره . فالحيوان يضمن نفسه حتى العبد بالجناية وباليد العادية بأقصى القيمة) .

المغصوب أربعة أقسام لأنه : إما عين ، أو منفعة . والعين : إما حيوان ، أو غيره . فالحيوان : إما آدمي ، أو غيره . فالآدمي : هو الرقيق ، وهو العبد أو الأمة . والنظر في ضمانهما .

أما بالنسبة الى النفس ، أو الى الطرف باعتبار جناية الغاصب أو اجنبي أو التلف بآفة . اذا تقرر هذا فالحيوان يضمن نفسه وطرفه ، حتى العبد فإنه وإن كان آدميا إلا أن جانب المالية غلب عليه فيضمن (نفسه)[1] بالجناية ، وباليد العادية بأقصى القيمة .

والظاهر أن مراده : اقصى قيمته من يوم الغصب الى يوم الجناية أو التلف ، وسيأتي إن شاء الله تعالى أن الواجب قيمته وقت التلف هذا حال نفسه ، وأما طرفه فلا يخلو : إما أن لا يكون لمثله من الحر مقدّر شرعاً ، أو يكون .

فإذا كان الأول فإنه يجب فيه الأرش ، وهو ما نقص من القيمة ، سواء حصل تلف ذلك الطرف بالجناية ، أو تحت اليد العادية ، أو من قبله تعالى ، فالضمير في قوله : (حصل) يعود الى (ما) في قوله : (ما ينقص من قيمته) على أن الجملة الفعلية حال .

وكذا ما عطف عليها ، فإن قوله : (أو تحت اليد العادية) معطوف على

---

(١) في «م»: نفس العبد.

وما لا تقدير فيه من الحر يجب من الرقيق ما ينقص من قيمته ، حصل بالجناية أو تحت اليد العادية ، من أجنبي أو من قبله تعالى ، والمقدّر الأقرب الأكثر من المقدّر والأرش .

قوله : (بالجناية) . وقوله : (من اجنبي) يتعلق[1] بمحذوف هو حال أو صفة للجناية . وكان حقه أن يقول : حصل بالجناية منه ، أو من اجنبي ، أو من قبله تعالى .

ويمكن أن يكون المراد بـ(الجناية) : جنايته على أن اللام عوض من المضاف اليه ، فيكون قوله : (أو تحت اليد) المراد به : كون الجناية تحت يده من اجنبي أو منه تعالى ، فيكون متعلق من محذوف وموصوفه .

وفي بعض النسخ : ما حصل بالجناية أو تحت اليد . . . بزيادة ما ، ولا شك في أنه غير حسن . وإنما استوت الحالات الثلاث في الحكم؛ لأن يد الغاصب يد ضمان ، فلا فرق بين أن يتلف هو أو يتلف تحت يده .

قوله : (والمقدّر الأقرب الاكثر من المقدر والأرش) .

هذا هو القسم الثاني ، وهو ما نقص من اطراف الرقيق بجناية ، أو من قبله تعالى تحت يد الغاصب وكان لمثله من الحر مقدّر كقطع اليد ، فإن الأقرب وجوب اكثر الأمرين من المقدر في الحر بالنسبة الى قيمة الرقيق وما نقص من قيمته بالغاً ما بلغ وإن زاد عن دية مثل ذلك في الحر .

ووجه القرب : أنه إن كان المقدّر[2] اكثر فلا بحث؛ لأن الحر أصل للعبد في ذلك ، فإذا كانت قيمة العبد مائة وبقطع يده صار يساوي ستين فإن الواجب نصف قيمته وهو خمسون ، كما كان الواجب في الحر نصف ديته .

وأما اذا كان الأرش اكثر ، كما اذا صار بعد القطع يساوي أربعين ، فلأن

---

(١) في «م»: متعلق.

(٢) في «م»: القدر.

ولو تجاوزت قيمته دية الحر فالأقوى تضمين الغاصب الزائد دون الجاني.

الزائد على الخمسين نقص مالي حصل[١] في يد الغاصب بنقص شيء من العين فيكون مضموناً عليه كسائر الأموال لعموم: «على اليد ما اخذت حتى تؤدي»[٢].

ولأن الغاصب مأخوذ بأشق الأحوال، ولأن إلحاقه بالجاني مع اختصاصه بالنص قياس مع الفارق، فإن الجاني لم تثبت يده على الرقيق فيتعلق به ضمان المالية بخلاف الغاصب، وهو قول الاكثر. ويحتمل ضمان المقدّر[٣] خاصة فيجب في المثال الخمسين فقط، لعموم التقدير فيعم الغاصب.

ويضعّف بأن الغاصب من حيث أنه جان يضمن المقدّر، ومن حيث أنه غاصب أثبت يده على مال الغير يضمن نقص المالية، فلا يلزم من ضمانه شيئاً بالجهة الأُولى أن لا يضمن بغيرها شيئاً آخر، والأصح ضمانه[٤] الأكثر.

قوله: (ولو تجاوزت قيمته دية الحر فالأقوى تضمين الغاصب الزائد دون الجاني)

كان حقه تصدير الجملة بالفاء ليفيد التفريع على ما قبله؛ لأن هذا مبني على ضمان الغاصب اكثر الأمرين، أي: لو تجاوزت قيمة العبد دية الحر كأن زادت على عشرة آلاف درهم، فجنى على نفسه فالأقوى تضمين الغاصب ما زاد بناءً على ما سبق، دون الجاني لاختصاصه بالنص على أن الجناية على العبد لا تزيد (على الجناية)[٥] على الحر فتقريبه مستفاد مما سبق.

---

(١) في «م»: يحصل.

(٢) مستدرك الوسائل ٣: ١٤٥، عوالي اللآلي ١: ٢٢٤ حديث ١٠٦، سنن البيهقي ٦: ٩٥، مستند الحاكم ٢: ٤٧.

(٣) في «م»: القدر.

(٤) في «م»: ضمان.

(٥) لم ترد في «م».

ولو جنى عليه بما فيه القيمة فالأقوى وجوب دفعه مع القيمة ، سواء باشر الغاصب أو الأجنبي ،

قوله : (فلو جنى عليه بما فيه القيمة فالأقوى وجوب دفعه مع القيمة) .

هذا ايضا مما يتفرع على ما سبق ، لكن حقه أن يكون بالواو؛ لأنه تفريع ثان فهو معطوف على ما قبله ، أي : لو جنى على الرقيق المغصوب بما فيه القيمة كملاً ، كقطع الذكر مثلاً فالأقوى وجوب دفعه الى المالك مع القيمة؛ لأن ضمان الغاصب من جهة المالية كما سبق ، وللعضو الفائت مقدّر فيجب دفع مقدّره ، والأصل بقاء العبد على ملك مولاه . بخلاف الجاني؛ لورود النص على دفعه اليه[1] ليأخذ مولاه القيمة ، فلا يلحق به الغاصب خصوصاً مع الفارق وهو الأصح .

ويحتمل كون الغاصب كالجاني؛ لأن المضمون مع تلف الكل هو جميع القيمة فقط ، فلا يعقل وجوبها في البعض مع بقاء الجملة على ملكه ، وإلا لاستوى الكل والبعض . بل يزيد حكم البعض على الجملة . وليس بشيء إذ لا محذور في ذلك ، فإن اللازم غير معلوم البطلان ، ولولا النص[2] في الجاني لم يحكم بأخذ ملك المالك على وجه القهر ودفعه اليه .

قوله : (سواء باشر الغاصب أو الأجنبي) .

أي : لا فرق في الحكم المذكور بين أن يباشر اتلاف الطرف الغاصب أو الأجنبي؛ لأنه إن باشره الغاصب[3] فظاهر ، وإن باشره الأجنبي فإن جنايته أيضاً مضمونة على الغاصب لكونها وقعت في يده ، فله الرجوع على كل منهما على ما سيأتي إن شاء الله تعالى .

---

(١) الكافي ٧: ٣٠٧ حديث ٢١ ، التهذيب ١٠: ٢٦١ حديث ١٠٣٢ .

(٢) الكافي ٧: ٣٠٧ حديث٢١ ، التهذيب١٠: ٢٦١ حديث ١٠٣٢ .

(٣) في «م»: باشر باتلاف الغاصب.

بخلاف الجاني على غير المغصوب ، فإن رجع على الأجنبي دفع اليه العبد ورجع بقيمته على الغاصب ، وإن رجع على الغاصب بهما فالأقوى رجوع الغاصب على الجاني بالقيمة مجانا .

قوله : (بخلاف الجاني على غير المغصوب) .

أي : الاقوى[1] الاكثر من المقدر والأرش ، بخلاف الجاني على غير المغصوب وما بينهما معترض ، ومتعلق الجار محذوف على أنه حال من وجوب الأكثر ، ويمكن أن يكون المراد : فالأقوى وجوب دفعه مع القيمة بخلاف الجاني على غير المغصوب ، بدليل قوله : (فإن رجع على الأجنبي . . .) فإنه من توابع ما اذا جنى عليه بما فيه القيمة فلا يزول اتصاله به بأجنبي .

قوله : (فإن رجع على الأجنبي دفع اليه العبد ويرجع بقيمته على الغاصب) .

أما دفع العبد اليه فلأن ذلك مقتضى النص ، وأما رجوعه على الغاصب بقيمته فلأن ذلك من مقتضيات الجناية الواقعة في يده وهي مضمونة عليه ، فدفع العبد بسبب الجناية تضييع لمال مضمون على الغاصب وجب دفعه بسبب جناية مضمونة عليه ، ولا دليل على سقوط ضمانه عنه .

قوله : (وإن رجع على الغاصب بهما فالأقوى رجوع الغاصب على الجاني بالقيمة مجاناً) .

أي : إن رجع المالك على الغاصب بهما ، أي : بالقيمة عوض الجزء المقطوع ، وبالعبد المجنى عليه بذلك معاً فالأقوى رجوع الغاصب على الجاني بتمام القيمة عوض الجناية مجاناً ، أي : من غير أن يضمن له قيمة العبد المجنى عليه بعد الجناية .

---

(١) في «م» : الأقرب.

وفي عين البقرة والفرس واطرافهما الأرش .

ووجه القوة : إن دفع المجنى عليه الى الجاني حيث يمكن ، وذلك حيث يكون تحت المستحق للقيمة ، فأما اذا تعذر رده فلا يعقل وجوب دفعه وإنما هو كالتالف ، والأصل براءة الذمة من وجوب غرم قيمته بعد الجناية على الغاصب للجاني ، ولا دليل يدل على ذلك .

ويحتمل الوجوب؛ لأن وجوب القيمة على الجاني مشروط بدفع العين فاذا تعذر وجب المصير الى القيمة ، ولأن الجاني يطالب المالك بالعبد ليغرم له القيمة فمطالبته الغاصب بقيمته بطريق أولى . وفيه نظر ، فإن الأولوية ممنوعة ، والاشتراط المذكور إنما هو مع وجود العين ، فاذا تعذر كانت كالتالف ومع التلف لا ضمان قطعاً ، وفي مختار المصنف قوة .

ومهما زادت دية جناية الأجنبي فالواجب على الجاني الدية وعلى الغاصب ما زاد ، فلو قتله الأجنبي وجب عليه قيمته ، فإن زادت على دية[1] الحر أُخذت منه الدية ومن الغاصب الزائد .

قوله : (وفي عين البقرة والفرس واطرافهما الأرش) .

وكذا في كل دابة ، فلا معنى لتخصيصهما بالذكر . ووجهه أن الدابة مال محض ، وليست كالآدمي حيث يجعل مقدار الحر أصلاً له . وقال الشيخ : في عين الدابة نصف القيمة ، وفي العينين كمال القيمة ، وكذا كل ما في البدن منه اثنان ، واحتج بالرواية والاجماع[2] .

قال المصنف في المختلف : تحمل الرواية والاجماع الذي ادعاه الشيخ على غير الغاصب في إحدى العينين ، بشرط نقص المقدّر عن الأرش[3]

---

(١) في «م»: قيمة.

(٢) الخلاف٢: ٩٨ مسألة٤ كتاب الغصب، واما الرواية فقد قال صاحب الجواهر٣٧: ١١٥، لم نجدها في المصادر كلها، وكذا ابن ادريس في السرائر: ٢٨٠.

(٣) المختلف: ٤٥٧.

ولو مات في يده ضمن القيمة وإن تجاوزت دية الحر لو كان عبداً ، وغير الحيوان يجب ضمانه بالمثل إن كان مثلياً ، وهو ما تتساوى قيمة أجزائه ،

واعلم أن هذا من[1] القسم الثاني من اقسام المغصوب وهو الحيوان ، والمختار أنه كسائر الأموال يجب في تلفه قيمته ، وفي ابعاضه الأرش بالغاً ما بلغ ، ولا نظر الى التقدير في شيء من اطرافه .

قوله : (ولو مات في يده ضمن القيمة وإن تجاوزت دية الحر لو كان عبداً) .

أي : لو مات الحيوان بيد[2] الغاصب ضمن قيمته بالغة ما بلغت وإن تجاوزت دية الحر لو كان الحيوان المغصوب عبداً ، كذا ينبغي أن تكون العبارة ، إلا أن الحيوان لم يجرِ له في هذه العبارة ذكر ، إنما ذكر الفرس والبقرة فصحت العبارة بسبب ذلك .

ثم إن ذكر حكم العبد ها هنا على خلاف ما ينبغي ، بل كان ينبغي ذكره مع بقية احكامه ، على أن ما سبق من قوله : (أو من قبله تعالى) قد يغتنىٰ به فيتناوله . وقد يقال : إن حكم الانسان والحيوان قد سبقا ، ولم يذكر حكم الموت فتداركه هنا .

قوله : (وغير الحيوان يجب ضمانه بالمثل إن كان مثلياً ، وهو ما تتساوى قيمة اجزائه) .

كالحنطة ، والشعير ، وغيرهما من الحبوب ، والأدهان ، وما اشبه ذلك . وغير المثلي ما لا تتساوى أجزاؤه كالحيوان ، والأراضي ، والاشجار ، وغير ذلك . كذا قال الشيخ في تعريفه[3] ، ونُقض بالثوب ونحوه فإن قيمة

---

(١) في «م»: هو.

(٢) في «م»: في يد.

(٣) الخلاف ٢: ١٠٣ مسألة ٢٩ كتاب الغصب، المبسوط ٣: ٥٩ ـ ٦٠.

. . . .

اجزائه متساوية وليس بمثلي .

وربما ضبط بأن المثلي ما يكون اسم الكثير والقليل منه واحداً كالماء ، والدبس ، (والدهن)[١] ، ونقض بالأرض . وقال جماعة من الفقهاء : المثلي ما تتماثل أجزاؤه وتتقارب صفاته كالحبوب ، وغيرها .

وقال الشافعي[٢] ، وأبو حنيفة[٣] ، واحمد[٤] : المثلي : كل مقدّر بكيل أو وزن . وزاد بعضهم اشتراط جواز السلم فيه[٥]؛ لأن السلم يثبت بالوصف في الذمة . وزاد بعضهم اشتراط جواز بيع بعضه ببعض؛ لأنه يثبت في الذمة . وزاد بعضهم اشتراط جواز بيع بعضه ببعض؛ لتشابه الأصلين في قضية التماثل .

واعتُرض على العبارات الأخيرة الثلاث : بأن القماقم[٦] والملاعق والمغارف المتخذة من الصفر والنحاس موزونة يجوز السلم فيها ، وبيع بعضها ببعض ، وليست مثلية ، والمصنف في التذكرة قال بعد كلام طويل : واعلم أن الحق ما نقلناه عن الشيخ رحمه الله[٧] .

وفي الدروس قال : إن المثلي هو المتساوي الأجزاء والمنفعة ، المتقارب الصفات[٨] ، وهذا لا يكاد يخرج الثوب .

---

(١) لم ترد في «ق».

(٢) الام : ٣ : ٢٥٤ ، حاشية اعانة الطالبين ٣ : ١٣٨ ، بداية المجتهد٢: ٣١٧.

(٣) بداية المجتهد٢ : ٣١٧.

(٤) المصدر السابق.

(٥) فتح العزيز المطبوع مع المجموع١١ : ٢٦٦ .

جمع مفرده قمقمة، وهو وعاء من صفر يستصحبه المسافر. انظر: الصحاح (قمم)٥: ٢٠١٥،

(٦) مجمع البحرين٦ : ١٤١ .

(٧) التذكرة٢ : ٣٨١ ، وقول الشيخ في الخلاف٢ : ١٠٠ مسألة٢٠ كتاب الغصب، المبسوط ٣ : ٥٩

(٨) الدروس : ٣٠٩.

فإن تعذّر فالقيمة يوم الإقباض لا الأعواز وإن حكم الحاكم بها يوم الأعواز .

والظاهر أن المراد من هذا ضبط المثلي بحيث يتميز فصل تميز لا التعريف الحقيقي ، أو يكون قوله : كالحنطة ، والشعير ، وغيرهما من الحبوب ، والادهان داخلاً في التعريف ، فيكون انكشافه بهذه الامثلة ، وإنما وجب . ضمان المثلي بالمثل للاجماع ، ولظاهر قوله تعالى : ﴿بمثل ما اعتدى عليكم﴾[1] ، ولأن مثل الشيء أقرب اليه من غيره ، فاذا تعذرت العين وجب المصير الى الاقرب .

قوله : (فإن تعذر فالقيمة يوم الاقباض لا الاعواز) .

وذلك لأن الواجب في الذمة هو المثل ، فعند ارادة التسليم ينتقل الى القيمة لو تعذر المثل ، ولو وجبت القيمة وقت الاعواز لكان اذا تمكن من المثل بعد الاعواز ولم[2] يسلم العوض لا يجزيء تسليم المثل؛ لاستقرار القيمة في الذمة ، والأصل بقاؤها ، والثاني باطل .

ولا يخفى أن في ذكر اليوم توسعاً ، فإنه لو اختلف الحال في يوم واحد اعتبر ما ذكر . واعلم أن المراد من تعذر المثل : أن لا يوجد في ذلك البلد وما حواليه ، كذا ذكر في التذكرة[3] ، ولم يحّد ما حواليه والظاهر ان المرجع فيها الى العرف .

قوله : (وإن حكم الحاكم بها يوم الاعواز) .

لأن حكم الحاكم لا يغيّر الثابت في الذمة ، والثابت هو المثل (الى حين

---

(١) سورة البقرة: ١٩٤ .

(٢) في «ق»: ولما.

(٣) التذكرة٢ : ٣٨٣.

وغير المثلي يضمن بالقيمة يوم الغصب على رأي ، وأرفع القيم من حين الغصب الى حين التلف على رأي ، ولا عبرة بزيادة القيمة ولا بنقصانها بعد ذلك .

التسليم ، وإلا لم يجب المثل)[1] ولو وجد حينئذ ، وبهذا صرح الشيخ[2] والجماعة[3] ، وكأنه رد به على بعض العامة .

قوله : (وغير المثلي يضمن بالقيمة يوم الغصب على رأي) .

هو رأي الشيخ في المبسوط[4] ، ووَجهه أنه أول وقت دخول العين في ضمان الغاصب . ويضعّف بأن ضمانها إنما يراد به كونها لو تلفت لوجب بدلها ، لا وجوب قيمتها حينئذ ، ولا ريب أن الواجب مع وجود العين هو ردها ، وإنما ينتقل الى القيمة عند التلف .

قوله : (وارفع القيم من حين الغصب الى حين التلف على رأي) .

هذا قول الشيخ في المبسوط ايضا[5] ، وقوله في الخلاف[6] ، واختاره ابن حمزة[7] ، وابن ادريس[8] ، ووجهه : أنه لو تلفت وقت الزيادة لكانت مضمونة فكذا اذا تلف بعدها ، والأصح أن الواجب قيمته حين التلف ، وهو مختار ابن البراج[9] ، والمصنف في المختلف[10] ، وفي الدروس : انه قول

---

(١) لم ترد في «م».

(٢) الخلاف٢ : ٩٧ مسألة١ كتاب الغصب، المبسوط٣: ٦٠ .

(٣) انظر: حاشية اعانة الطالبين ٣ : ١٣٧ ـ ١٣٨ .

(٤) المبسوط ٣ : ٦٠ .

(٥) المبسوط ٣ : ٧٢ .

(٦) الخلاف٢ : ٩٨ مسألة ١٤ كتاب الغصب .

(٧) الوسيلة : ٣٢٢ .

(٨) السرائر : ٢٧٦ .

(٩) جواهر الفقه (الجوامع الفقهية) : ٤٣٣ .

(١٠) المختلف : ٤٥٨ .

واذا كُسرت الملاهي فلا ضمان ، فإن أُحرقت ضمن قيمة الرضاض ، وكذا الصليب والصنم ، والمستولدة ، والمدّبر ، والمكاتب المشروط ، وغير المؤدي كالعبد في الضمان . والمنافع المباحة مضمونة بالفوات تحت اليد والتفويت .

الأكثر[1] .

وأن الانسب بعقوبة الغاصب وجوب أعلى القيم . وما صححناه أصح؛ لأن العين ما دامت موجودة لا حق لمالكها في القيمة ، إنما ينتقل حقه الى القيمة عند تلفها وحينئذ يعتبر قدرها؛ لأنه أول وقت وجوبها[2] . وعقوبة الغاصب بغير وجه لا يجوز .

وهذا كله اذا كان اختلاف القيمة مستنداً الى السوق مع بقاء العين بحالها ، أما اذا استند نقص القيمة الى نقص في العين ثم تلفت فإن الأعلى مضمون قطعاً .

قوله : (واذا كُسرت الملاهي فلا ضمان) .

لا ريب في ذلك؛ لأن تلك الهيئة محرّمة ، لكن في الحد الذي يجوز بلوغه بالكسر عبارات للعامة ، وليس ببعيد جواز كسر ما يخرج بكسره عن الاستعداد لعمل آلة اللهو منها ، لأنه ازجر لمن هي له .

قوله : (فإن احرقت ضمن قيمة الرضاض) .

لأن الرضاض وهو ما يبقى منها بعد الكسر محترم .

قوله : (والمنافع المباحة مضمونة بالفوات تحت اليد والتفويت) .

احترز بالمباحة عن المحرّمة كالغناء ، واللعب بآلات اللهو . والمراد بـ (الفوات) : ذهابها بغير استيفاء ، وبـ (التفويت) : استيفاؤها ، ووجه ذلك

---

(١) الدروس : ٣١٠ .

(٢) في «م» : وجودها .

ولو تعددت المنافع كالعبد الخيّاط الحائك لزم أُجرة أعلاها أُجرة ، ولا تجب أُجرة الكل .

ومنفعة البضع لا تضمن بالفوات وتضمن بالتفويت ، فلو وطأ وجب مهر المثل .

وتضمن منفعة كلب الصيد وما صاده به للغاصب ،

انها اموال تدخل تحت اليد ، لأن منافع المملوك مملوكة .

قوله : (ولو تعددت المنافع كالعبد الخيّاط الحائك لزمه أُجرة اعلاها أُجرة ، ولا تجب أُجرة الكل) .

لعدم امكان استيفاء الكل دفعة واحدة ، والمنفعة العليا من جملة ما فات تحت اليد فتجب أُجرتها ، المراد أُجرة المثل .

قوله : (فلو وطأ وجب مهر المثل) .

ولا يجب بدون الاستيفاء؛ لأن منفعة البضع ليست كسائر المنافع فلا يضمن بالفوات ، والظاهر أن المهر للسيد وإن كانت زوجة؛ لأنها مملوك للسيد دون الزوج ، وإنما يملك الانتفاع بحسب مراجعته .

وقيل بوجوب العشر ونصفه مع البكارة والثيوبة؛ للرواية[١] . ورده ابن ادريس[٢] ، لكون الرواية في وطء المشتري لا الغاصب فلا يلحق به .

قوله : (ويضمن منفعة كلب الصيد) .

وكذا منفعة باقي الكلاب التي يجوز اقتناؤها .

قوله : (وما صاده به للغاصب) .

أي : ما صاده الغاصب بالكلب المغصوب له؛ لأن الكلب آلة والمكتسب

---

(١) التهذيب ٧: ٦١، ٤٨١ حديث ٢٦٦، ١٩٣٥ .

(٢) السرائر: ٢٧٨ .

ولو اصطاد العبد المغصوب فهو للمالك ، وفي دخول الأُجرة تحته نظر أقربه العدم . ولو انتقصت قيمة العبد بسقوط عضو مثلاً بآفة سماوية ضمن الأرش والأُجرة لما قبل النقص سليماً ولما بعده معيباً ،

إنما هو المضطاد به .

قوله: (ولو اصطاد العبد المغصوب فهو للمالك) .

أي : لو بعث الغاصب العبد المغصوب على الاصطياد فاصطاد فان ما اصطاده فلمالكه؛ لأنه صالح للاكتساب ، بخلاف الكلب الذي هو محض آلة ، ولما كانت يده يد مولاه كان ما يكتسبه للمولى .

قوله : (وفي دخول الأُجرة تحته نظر ، اقربه العدم) .

أي : في دخول أُجرة اصطياد العبد تحت ما حصل بصيده وقلنا انه للمالك بمعنى احتسابه عن الأُجرة ، فإن لم تزد لم يجب غيره ، وإن زادت وجب الزائد فيه نظر ، ينشأ : من أن ذلك هو الحاصل بصيده ، فاذا استحقه فقد ردت المنفعة اليه ، ولأن المالك اذا اصطاد لا يزيد على هذا .

ومن أن المنفعة ملك برأسه ، والحاصل بالاصطياد ملك حصل بالاكتساب والحيازة للمباح ، وأحدهما غير الآخر ، وكون الاصطياد بسببه لا يقتضي كونه إياه ، والمنفعة تحت يد الغاصب مملوكة للمالك فائتة بغير رضاه .

والفرق بين هذه وبين ما اذا اصطاد بأمر المالك : ان المنفعة قد استوفاها المالك باذنه ، وهي هنا مضمونة على الغاصب ، وهذا هو وجه القرب ، ولا ريب في ضعف الوجه الأول ، فالأصح عدم الدخول .

قوله : (ولو انتقصت قيمة العبد بسقوط عضو مثلاً بآفة سماوية ضمن الأرش والأُجرة لما قبل النقص سليماً ولما بعده معيباً) .

ووجهه : أن ما قبل النقص كانت منفعة تامة بسلامته ، بخلاف ما بعده

وإن كان بالاستعمال كنقص الثوب باللبس فالأقرب المساواة للأول فتثبت الأجرة والأرش ويحتمل وجوب الأكثر من الأرش والأُجرة .

فقد انتقصت بنقص العين وتعيبها ، وقد وجب عوض الفائت من حين فواته ، وهو أرشه ، فلا يجب شيء آخر؛ لأن وجوب أُجرة شيء معدوم بعد عدمه لا يعقل ، لكن قوله : (بآفة سماوية) لا يخلو من مناقشة؛ لأن فواته بفعل الغاصب أو اجنبي كذلك .

إلا أن يقال : إن (مثلا) يراد لكل من سقوط عضو (آفة) سماوية وهو خلاف الظاهر .

قوله : (وإن كان بالاستعمال كنقص الثوب باللبس فالأقرب المساواة للأول ، فتثبت الأُجرة والأرش ، ويحتمل وجوب الاكثر من الأرش والأُجرة) .

أي : لو كان نقص القيمة باستعمال المغصوب المثلي له لو كان ثوباً ولم يكن ذلك لسقوط عضو فالأقرب المساواة للأول ، أي : لما اذا انتقص بسقوط عضو فتثبت الأُجرة والأرش معاً ، ومتى ثبت الارش فالأجرة على حد ما سبق من انه قبل النقص تجب أُجرته سليماً ، وبعده تجب أُجرته ناقصاً .

ووجه القرب تعدد السبب ، فإن الأجزاء الناقصة بدلها الأرش ، والمنفعة ـ وهي اللبس ـ غيرها فيجب عوضها وهو أُجرة المثل؛ لأن الأصل في الاسباب اذا اجتمعت عدم التداخل ، ويحتمل اكثر الأمرين ، فإن نقص الاجزاء ملحوظ في الأُجرة لوجهين :

احدهما : أن المستأجر لا يضمن الأجزاء الناقصة قطعاً ، وفي المستعير كلام سبق ، فلولا انها ملحوظة لوجب ضمانها . الثاني : أن ما ينقص بالاستعمال تعتبر أُجرته زائدة على ما لا ينقص به ، فلولا كونها ملحوظة لم تتحقق الزيادة .

ولو غرم قيمة العبد الابق ضمن الأُجرة للمدّة السابقة على الغرم ، وفي اللاحقة اشكال .

الركن الثالث: الواجب : وهو المثل في المثلي ، والقيمة العليا في غيره على رأي .

وكل منهما ضعيف؛ لأنا لا نسلم أن الأجزاء الناقصة ملحوظة ، ولِمَ لا يكون سقوط بدلها للاذن في الاستعمال الشامل لاتلافها ، وقد بينا أن المستعير لا يضمنها مع عدم التضمين ، وثبوت الزيادة المذكورة غير معلوم ، والأصح ثبوت الأمرين معاً . والفرق بين هذه وبين ما قبلها[1] : ان نقص عضو (من العبد)[2] لا يتصور تبعيته للمنفعة بخلاف الثوب .

قوله : (ولو غرم قيمة العبد الآبق ضمن الأُجرة للمدّة السابقة على الغرم وفي اللاحقة اشكال) .

وجه الأول ظاهر ، فإنه مملوك للمغصوب منه حينئذ قطعاً ، ومنشأ الاشكال في الثاني : أن الواجب على الغاصب حينئذ هو دفع القيمة ، فاذا دفعها برىء ، ولأن القيمة عوض المغصوب ، فاذا قبضها المالك لم يبق له على الغاصب من ذلك المال حق ، وإلا لم يكن عوضاً .

ومن أن معنى الغصب باق ، وملك المولى لم يزل ، وقبض القيمة لم يكن للمعاوضة إنما كان للحيلولة ، وهو لا يقتضي زوال سلطنة المالك ، والمسألة موضع توقف .

قوله : (وهو المثل في المثلي ، والقيمة العليا في غيره على رأي)

قال الشارح : إن هذا ليس اشارة الى الخلاف في أن الواجب القيمة العليا أم غيرها؛ لأنه قد سبق ، بل في أن المثلي يضمن بالمثل مع وجوده لا

---

(١) في «م»: وما قبلها.

(٢) لم ترد في «ق».

ولو تلف المثلي في يد الغاصب ، والمثل موجود فلم يغرمه حتى فقد ففي القيمة المعتبرة احتمالات :

غير ، وذكر أن المخالف ابن الجنيد فإنه قال : يتخير المغصوب منه في القيمة والمثل ، لأن الضمان إنما هو باعتبار المالية ، ويحصل استدراكها بالقيمة من غير حيف .

ثم قال : فالخلاف هنا في التفصيل ، وهو اختصاص المثلي بالمثل مع وجوده ، وغيره بالقيمة[1] .

قلت : لا ريب أن هذا خلاف المتبادر من العبارة ، وهذا الخلاف يكاد يكون مضمحلاً لا يلتفت اليه .

ثم إن ذكر العليا قد يشعر بخلاف ما ادعاه؛ لأن الخلاف على ما ذكر في المثل والقيمة لا في القيمة العليا ، فحيث ذكر التقييد بالعليا اقتضى ذلك أن المقابل لهذا الرأي ما ليس كذلك ، وهو القول بأن القيمة ليست هي العليا ، والذي فهمه الشارح الآخر خلاف ما فهمه ولد المصنف فإنه قال في شرحها : هذه تقدمت .

قوله : (ولو تلف المثلي في يد الغاصب والمثل موجود فلم يغرمه حتى فقد ففي القيمة المعتبرة احتمالات) .

لو لم يكن المثل موجوداً وقت التلف فالظاهر أن الواجب قيمة التالف ، أما مع وجوده وعدم التغريم إلا بعد فقده فإنه قد استقر في الذمة فيرجع الى القيمة ، وفي تعيينها للشافعية عشرة اوجه ذكرها المصنف في التذكرة[2] ، وذكر هاهنا خمسة .

---

(١) ايضاح الفوائد ٢ : ١٧٥ .

(٢) التذكرة٢ : ٣٨٣ .

أ : اقصى قيمته من يوم الغصب الى التلف ، ولا اعتبار بزيادة قيمة الأمثال .

قوله : (اقصى قيمته من يوم الغصب الى التلف ولا اعتبار بزيادة قيمة الأمثال) .

سوق الكلام يقتضي أن الضمير في (قيمته) يعود الى المثل؛ لأنه المحدث عنه والمطلوب معرفة قيمته ، ولأن الظاهر أن مرجع الضمير في الكل واحد ، وإلا لزم الاختلاف بغير ما ميز .

ولا ريب أن الضمير في (قيمته) في الاحتمال الثاني إنما يعود الى المثل ، ولأن القيمة المذكورة في باقي الاحتمالات هي قيمة المثل ، فالظاهر أن هذا الاحتمال أيضاً كذلك ، والذي فهمه الشارحان أن الضمير يعود الى المغصوب[١] .

وقوله في العبارة : (ولا اعتبار بزيادة قيمة الامثال) تشهد لهما ، وكذا في قوله : (من يوم الغصب الى التلف) اشعار بذلك؛ لأن المفهوم من يوم غصبه الى يوم تلفه ، ووجهه على ما فهماه : أن الواجب المثل مع وجوده ، فمع فقده جرى مجرى ما لا مثل له فوجب القيمة ، ولأن التالف على المالك هو المغصوب لا مثله فوجبت قيمته .

والذي في التذكرة خلاف هذا ، فانه قال في الاحتمال الأول : إن الواجب اقتضى قيمته من يوم الغصب الى التلف ، ولا اعتبار بزيادة قيمة امثاله بعد تلفه كما في المتقومات ، ولأن المثل جار في الوجوب مجرى المغصوب ، فاذا تعذر صار بمنزلة تلف المغصوب ، والمغصوب اذا وجبت قيمته وجب اكثر ما كانت من حين الغصب الى حين التلف[٢] . هذا كلامه .

---

(١) ايضاح الفوائد٢ : ١٧٥ .

(٢) التذكرة٢ : ٣٨٣ .

ب : اقصى قيمته من وقت تلف المغصوب الى الاعواز .

ج : اقصى القيم من وقت الغصب الى الاعواز .

والتعليل الثاني كالصريح في أن المراد : قيمة المثل ، ويؤيده أنه لما كان تلف المثلي والمثل موجود وجب المثل وانحصر الوجوب فيه ، وصار الأصل متروكاً اذا سقط وجوبه من الذمة وانتقل الحكم الى البدل[١] ، فاذا تعذر وجبت القيمة ، نظراً الى جميع اوقات الضمان ، وهو من حين الغصب الى التلف ، فاعتبر اعلاها قيمة بناء على وجوب القيمة العليا في القيمي .

ولا ينظر الى قيمة الأمثال بعد تلف المغصوب ، بل من حين الغصب الى حين التلف خاصة ، كما في المتقومات فإنّا إنما نعتبر القيمة فيها من الغصب الى التلف على ذلك التقدير . ويضعّف بأن ذلك لو تم لوجب[٢] اعتبار قيمة الأمثال الى حين التسليم .

قوله : (اقصى قيمته من وقت تلف المغصوب الى الاعواز) .

أي : قيمة المثل بغير شك ، ووجهه : [ان][٣] انتقال الحكم الى البدل الذي هو المثل إنما هو حين تلف المغصوب ، إذ مع وجوده إنما يجب رده ، وبعد[٤] تعذره انتقل الفرض الى القيمة .

ويضعّف بأن المثل لا يسقط من الذمة بتعذره ، واداء الدين لا يسقط بتعذر أدائه ، ولهذا لو تمكن من المثل بعد ذلك وجب المثل دون القيمة ، فما دام لا يأخذ المالك القيمة فالمثل ثابت في الذمة بحاله .

قوله : (اقصى القيم من الغصب الى الاعواز) .

---

(١) في «ق» و«م» : التلف.

(٢) في «ق» : لو لم يوجب.

(٣) لم ترد في «ق» و«م».

(٤) في «ق» و«م» : بعد.

د : اقصى القيم من وقت الغصب الى وقت دفع القيمة .

هـ : القيمة يوم الإقباض .

ولو غرم القيمة ثم قدر على المثل فلا ترد القيمة ، بخلاف القدرة على العين .

وجهه يعلم من الوجهين في الاحتمالين الأولين ، فإن المثل لما جرى مجرى المغصوب كانت قيمته في جميع ازمان ضمان المغصوب مضمونة الى زمان تعذره .

قوله : (اقصى القيم من وقت الغصب الى وقت دفع القيمة) .

لكون قيمة المثل معتبرة مدة زمان وجوبه أو وجوب مبدله ، فإنها مضمونة بضمان اصلها فيجب الاقصى تفريعا على ايجاب اعلى القيم في القيمي .

قوله : (القيمة يوم الاقباض) .

هذا هو الأصح ؛ لأن الواجب هو المثل ، فاذا دفع بدله اعتبرت البدلية حين الدفع (فحينئذ تعتبر)[1] القيمة .

فإن قيل : قد سبق في كلام المصنف أن الواجب قيمة المثل يوم الاعواز ، فما هذه الاحتمالات :

قلنا : ذكر الاحتمالات لا ينافي اختياره واحداً منها ، وإن كان ذكر الفتوى عند ذكرها أولى وأبعد عن الوهم .

قوله : (ولو غرم القيمة ثم قدر على المثل فلا يرد القيمة ، بخلاف القدرة على العين) .

أي : لو غرم قيمة المثل لتعذره ثم قدر عليه لم يكن لواحد منهما استرداد

---

(١) في «ق»: بغير.

ولو أتلف مثلياً فظفر به في غير المكان فالوجه إلزامه بالمثل فيه .

ولو خرج المثل باختلاف الزمان أو المكان عن التقويم ، بأن اتلف عليه ماء في مفازة ثم اجتمعا على نهر ، أو اتلف جمداً في الصيف ثم

القيمة؛ لأن المثل إنما وجب بدلاً لتعذر المبدل ، وقيمة المثل كذلك ، وتعذر المبدل منه باق فلا يثبت الاسترداد . بخلاف ما لو غرم القيمة ـ للحيلولة ـ ثم قدر على العين؛ لأن الحق لم يسقط من العين بالكلية ، ودفع القيمة إنما كان للمحافظة على حق المغصوب منه .

قوله : (ولو اتلف مثلياً ثم ظفر به في غير المكان فالوجه الزامه بالمثل فيه) .

هذا قول ابن ادريس[1] ، ووجهه : ان وجوب الأداء ثابت على الفور فلا يجوز التأخير ، ولا تراعى مصلحة مَنْ حقه أن يؤاخذ باشق الاحوال ، فلا فرق بين كون المثل في مكان المطالبة اعلى قيمة أو لا .

وقال الشيخ : إنه اذا كان لنقل المثل مؤونة ، واختلفت القيمتان في البلدين ، وكانت قيمة بلد المطالبة اعلى يتخير المغصوب منه بين أن يأخذ قيمة بلد الغصب في بلد المطالبة ، أو يصبر الى بلد الغصب ليستوفي ذلك للضرر المنفي[2] .

والأصح الأول ، لأن الحق فوري ، وتأخير الأداء ضرر ، والضرر لا يزال بالضرر ، وحق الغاصب المؤاخذة بالأشق دون الارفاق بحاله .

قوله : (ولو خرج المثل باختلاف الزمان والمكان عن التقويم ، بأن اتلف عليه ماء في مفازة ثم اجتمعا على نهر ، أو اتلف جمداً في الصيف

---

(١) السرائر : ٢٧٨ .
(٢) المبسوط ٣ : ٧٦ .

اجتمعا في الشتاء احتمل المثل ، وقيمة المثل في مثـل تلك المفازة أو الصيف .

ثم اجتمعا في الشتاء احتمل المثل ، وقيمة المثل في مثل تلك المفازة أو الصيف .)

وجه الأول : إقتضاء الدلائل الـدالة[١] على وجـوب المثل في المثلي وجوبه مطلقاً من غير تفاوت بالزمان والمكان .

ووجه الثاني : خروجه عن المثلية بكونه لا قيمة له ، وقد ذكر الشارح تحقيقاً لا حاصل له[٢] . والأصح ان المثل إنما يعتبر اذا كان متقوماً ، أما اذا لم تكن له قيمة أصلاً فإنه لا يعد مالاً عرفاً ، فكيف يقع عوضاً عن مال ثابت في الذمة ، ولا اعتبار بالمماثلة (في الصورة)[٣] .

لكن لقـائل أن يقـول : لا يلزم من هذا وجـوب قيمة المثـل في مكان الاتلاف أو زمانه ، بل إنما تعتبر قيمته وقت خروجه عن التقويم؛ لأنـه وقت تعذره حينئذ[٤]وتعذر الوقوف على قيمة اخرى له .

نعم لو قلنا بأعلى قيم المثل ثم له ما ذكره ، وشيخنا في الدروس[٤] . اختار ما اختاره المصنف هنا ، وفي التذكرة[٥] ، مع أنه لا يقول بوجوب اعلى لقيم .

ويمكن الجـواب : بأنـه لما خـرج المثل عن التقـويم خرج عن كـونه للواجب ، فتعين الرجوع الى قيمة المغصوب . وكيف كان فالمختار هو وجوب

---

(١) في «ق»: الدليل الدال.

(٢) ايضاح الفوائد٢ : ١٧٧ .

(٣) لم ترد في «ق».

(٤) الدروس: ٣٠٩.

(٥) التذكرة٢ : ٣٨٣.

ولو أتلف آنية الذهب ففي ضمان الزائد بالصنعة اشكال ينشأ : من مساواة الغاصب غيره ، وعدمها ،

القيمة ، ولا محيد عن مختار الاصحاب وغيرهم في ذلك .

فروع :

الأول : هذا الحكم إنما يستقيم مع خروج المثل عن التقويم أصلاً ، فلو بقي له قيمة وإن قلت فالمثل بحاله .

الثاني : لو ظفر المالك بالغاصب في غير محل الغصب أو الاتلاف للمثلي ، وكانت قيمته اقل من قيمة مكان الغصب فهل للمالك الامتناع من قبض البدل الى موضع الاتلاف ، خصوصاً اذا كان حمله يحتاج الى مؤونة وكان غير بلده ؟ فيه تردد .

الثالث : لو اجتمعا بعد أخذ القيمة في مسألة الكتاب في مثل تلك المفازة ، أو في الصيف وقد أخذ القيمة فهل يترادان ويأخذ المثل؟ قال المصنف في التذكرة : الأقوى عندي المنع[1] ، وهو جيد؛ لأن المثل ليس هو عين المال وقد انحصر الحق فيما أخذه .

قوله : (ولو اتلف آنية الذهب ففي ضمان الزائد بالصنعة اشكال ينشأ : من مساواة الغاصب غيره ، وعدمها) .

هذا بناء على تحريم اتخاذ الآنية ، وإلا فلا اشكال في ضمان الزائد بالصنعة . فأما على القول بالتحريم ففي ضمان الغاصب زائد الصنعة اشكال ينشأ : من مساواة الغاصب غيره في أن ما يحرم لا يضمنه لوجوب اتلافه وعدمه نظراً الى عدوانه ، والصنعة في حد ذاتها قيمة وإن كانت محرّمة في نظر الشرع .

---

(١) التذكرة٢ : ٣٨٤.

فإن اوجبناه ففي التضمين بالمثل اشكال ينشأ : من تطرق الربا ، وعدمه لاختصاصه بالبيع .

ولـو اتخذ من السمسم الشيـرج تخيّر بين المـطالبة بـالسمسم أو بالشيرج ، والكسب والأرش إن نقصت قيمته ، أو بالشيرج والناقص من السمسم .

والتحقيق : أنه لا يتصور العدوان بإزالـة المحرّم؛ لأن دفـع المنكر[1] واجب على جميع المكلفين ، وليس من شرطه نية القربة وإن كانت شرطاً في حصول الثواب ، واقتران محرم بأمر آخر لا يقتضي تحريمهما .

وربما قيل : إنه يلزم مثل ذلك في آلات اللهو ، ويمكن الفرق بالتفاوت في التحريم ، فإنه هناك اغلظ بخلاف الآنية .

قوله : (فإن اوجبناه ففي التضمين بالمثل اشكال ينشأ : من تطرق الربا ، وعدمه لاختصاصه بالبيع .

أي : فإن اوجبنا ضمان الصنعة ففي تضمين الآنية بمثل جوهرها اشكال؛ لوجوب الزيادة في مقابلة الصنعة فيجيء احتمال ثبوت الربا وعدمه ، نظراً الى التردد في عمومه المعاوضات أو اختصاصه ، والأصح العموم لاطلاق النهي عنه في الآية .

فرع : لو اتلف الصنعة فقط فإنه يضمنها على الاحتمال ، ولا حجر في كون ضمانها من جنس جوهر الاناء لانتفاء الربا هنا .

قـوله : (ولـو اتخذ من السمسم الشيـرج تخيّـر بين : المـطالبـة بـالسمسم ، والشيرج والكسب والارش إن نقصت قيمتـه ، أو بالشيـرج والناقص من السمسم) .

---

(١) في «م» : المحرم .

ولو تعذر المثل إلّا بأكثر من ثمن مثله ففي وجوب الشراء نظر .

أي : يتخير المالك في هذه الحالة بين ثلاثة اشياء : المطالبة بالسمسم؛ لأن عين المال بمنزلة التالف فيرجع الى المثل ، والمطالبة بالشيرج والكسب؛ لأن هذا هو مال المالك وإن تغيرت صورته . لكن إن نقصت القيمة عن قيمة السمسم ضمن الأرش؛ لأن النقصان بفعل الغاصب والمطالبة بالشيرج والناقص عن قيمة السمسم ، هذا هو الظاهر من قوله : (والناقص من السمسم) .

ويحتمل أن يكون المراد : والناقص من نفس السمسم فيأخذ مثل ما نقص ، وهو بعيد ، ولا يكاد يتحصل له معنى ، فإنه لا يعرف نسبة الشيرج الى عين السمسم . ووجه هذا الاحتمال : ان الكسب اقرب الى التلف؛ لأنه ثفل الشيرج .

اذا عرفت هذا ، فما ذكره المصنف في هذه المسألة لا يستقيم؛ لأنه إن بقي المال بعد تغيّر صورته وصفاته على ملك المالك لم يكن له (اختيار في المطالبة بالبدل ، وإن خرج بالفعل المذكور لم يكن له)[1] أخذه باختياره .

هذا مع أن تصرف الغاصب لا يخرج العين عن ملك المالك بأي وجه كان على الأصح كما سيأتي ، فلا وجه لما ذكره هنا ، وينبغي التثبت في تأمله الى أن يظهر الصواب ، ولم اظفر بالمسألة في غير هذا الكتاب الى الآن .

قوله : (ولو تعذر المثل إلا بأكثر من ثمن مثله ففي وجوب الشراء نظر) .

ينشأ : من لزوم الضرر المنفي ، فإنه يمكن معاندة البائع وطلب اضعاف قيمة المثل ، ومن صدق القدرة على المثل . والأصح الوجوب ، فإن الضرر لا يزال بالضرر ، والغاصب مؤاخذ بأشق الأحوال فلا يناسبه التخفيف ، وهو الأصح .

---

(١) لم ترد في «م».

ولو أبق العبد ضمن في الحال القيمة للحيلولة ، فإن عاد ترادّا . وللغاصب حبس العبد الى أن يرد القيمة عليه على اشكال فإن تلف العبد محبوساً فالأقرب ضمان قيمته الآن واسترجاع الأُولى .

قوله : (ولو أبق العبد ضمن في الحال القيمة ؛ للحيلولة ، فإن عاد ترادا) .

أي : لو أبق العبد من يد الغاصب ضمن في الحال القيمة ، للحيلولة بين المالك وبينه في يده وهي يد ضمان ، ويملك المالك القيمة المأخوذة فيتصرف بها أي تصرف أراد ، فإن عاد وجب رد كل من المالين الى مالكه متى طلبه احدهما ، بل يجب على الغاصب رد العبد مطلقاً على الفور ، فإن العبد لم يخرج عن الملك بأخذ القيمة لأنها للحيلولة . ولو تلفت القيمة المأخوذة للحيلولة فلا تصريح فيما اعلمه الآن ، لكن ظاهر اطلاقهم أن العبد باق على الملك يقتضي وجوب البدل .

واعلم ان هنا اشكالاً ، فإنه كيف تجب القيمة ويملكها بالأخذ ويبقى العبد على ملكه وجعلها في مقابلة الحيلولة لا يكاد يتضح معناه .

قوله : (وللغاصب حبس العبد الى أن يرد القيمة عليه على اشكال)

ينشأ : من أنه دفعها عوضاً فله حبس المعوض الى أن يقبض العوض كسائر المعاوضات ، ومن أنها ليست معاوضة حقيقة ، وإنما قبضه المالك ارتفاقاً ومحافظة على مصلحته ، وقد كان تسليم العبد واجباً على الفور ، والأصل بقاؤه .

ولا يجوز حبس مال في مقابل مال أخر قد حبسه مالك المال الأول ظلماً ؛ لأن من ظلم لا يظلم ، والأصح أنه ليس له ذلك .

قوله:(فإن تلف العبد محبوسا فالأقرب ضمان قيمته الأن واسترجاع الأُولى) .

ولو تنازعا في عيب يؤثّر في القيمة ففي تقديم أحد الأصلين نظر .

هذا مبني على جواز الحبس؛ لأن المصنف يرى القول بأعلى القيم ، ووجه القرب : إن حكم الغصب قد زال بدليل جواز الحبس الى أن يقبض ما دفعه للحيلولة ، وهذه اليد غير الأُولى لكونها مستحقة ، ووجوب رد المالك القيمة الأُولى ، فاذا تلف ضمنه بقيمته وقت التلف ، فيسترجع[1] القيمة الأُولى ، وكان حقه أن يقول : يسترجع الزائد .

قال الشارح العميد : هذا إنما يتمشى على وجوب قيمة يوم التلف ، أما لو اوجبنا الاكثر كان له الاكثر من القيمتين الأُولى والثانية . هذا كلامه ، ووجهه : انه إن كان الأقل هو القيمة الأُولى فإنه قد دفعها عوضاً عن العين باستحقاق[2] فلا يجب ما سواها ، وإن كان الأقل هو الثانية فهي المستحقة بالتلف؛ لأن الأُولى للحيلولة وقد زالت بجواز الحبس . وفيه نظر؛ لأن المدفوع للحيلولة لم يكن عوضاً عن العين قطعاً ، ولهذا لا يخرج بذلك عن ملك المالك ، ولا يستقر ملكه على المدفوع . وحيث كانت العين باقية على ملك المالك مضمونة على الغاصب وخرج بجواز الحبس الى أن يقبض القيمة عن كونه غاصباً وجبت قيمة يوم التلف ، على ما اخترناه من وجوب قيمة يوم التلف ، فالواجب قيمة يوم التلف هنا ، والأصح انه لا يجوز له الحبس بذلك كما سبق فلا يتغير الحال .

قوله : (ولو تنازعا في عيب يؤثر في القيمة ففي تقديم أحد الأصلين نظر) .

ينشأ : من تعارضهما ، فإن الأصل براءة الذمة من أرش ذلك ، والأصل السلامة في العبد الى حين اثبات اليد عليه ، فتعارضهما أوجب التردد .

---

(١) في «ق»: فيرجع .

(٢) في «ق»: من العين باستحقاقه .

والذهب والفضة يضمنان بالمثل لا نقد البلد على رأي ، فإن تعذّر واختلف المضمون والنقد في الجنس ضمنه بالنقد ، وإن اتفقا فيه وفي الوزن ضمنه به ، وإن اختلفا في الوزن قوّم بغير جنسه حذراً من الربا .

ولا يخفى أن التعارض غير واضح ؛ لأن أصالة السلامة من العيب تقتضي شغل ذمة الغاصب بضمان جميع العبد ، ومع ذلك فلا يبقى أصل البراءة (كما كان)[1] لوجود الناقل عنه ، ولأن الأصل عدم تقدم العيب ، والأصح تقديم قول المالك بيمينه .

قوله : (والذهب والفضة يُضمنان بالمثل لا بنقد البلد على رأي) .

لعموم : المثل في المثلي ، وقال الشيخ : يضمنان بنقد البلد ، فيراعى التفصيل الآتي[2] ، والأصح الأول ، فلا يعتبر التفصيل إلا بعد تعذر المثل .

قوله : (فـإن تعذر واختلف المضمـون والنقد في الجنس ضمنـه بالنقد) .

لانتفاء الربا مع اختلاف الجنس .

قوله : (وإن اتفقا فيه وفي الوزن ضمنه به) .

لانتفاء المحذور .

قوله : (وإن اختلفا في الوزن قوّم بغير جنسه حذراً من الربا) .

إلا أن يرضى بدفع المساوي .

---

(١) لم ترد في «م».
(٢) المبسوط ٣ : ٦١.

المطلب الثاني: في الأحكام : وفصوله ثلاثة :

الأول : في النقصان : ولا عبرة بالنقص لتغيّر السعر مع بقاء العين على صفاتها ، فلو ساوى يوم الغصب عشرة ويوم الرد واحداً فلا شيء عليه ، فإن تلف وجبت العشرة .

ولو تلف بعضه حتى عاد الى نصف درهم بعد رد الأصل الى درهم وجب القدر الفائت وهو النصف ، بنصف اقصى القيمة وهو خمسة مع الباقي .

ولو عادت قيمته بالإبلاء الى خمسة ، ثم انخفض السوق فعادت

قوله : (المطلب الثاني : في الأحكام ، وفصوله ثلاثة : الأول : في النقصان ، ولا عبرة بالنقص لتغيّر السعر مع بقاء العين على صفاتها) .

لأن الواجب حينئذ رد الملك الى مالكه ، وتغيّر السعر في الحقيقة مرجعه الى فوات شيء من اكتساب مال في مقابله[1] .

قوله : (ولو تلف بعضه حتى عاد الى نصف درهم بعد رد الأصل الى درهم وجب القدر الفائت وهو النصف بنصف اقصى القيمة وهو خمسة مع الباقي) .

المراد بتلف البعض : تلف النصف بدليل ما بعده ، ووجوب خمسة مبني على وجوب اعلى القيم مع التلف ، وقد علم ضعفه .

قوله : (ولو عادت قيمته بالابلاء الى خمسة ، ثم انخفض السوق

---

(١) في «م» : ماله في مقابلته .

قيمته الى درهم لزمه مع الرد الخمسة الناقصة بالإبلاء ، ولا يغرم ما نقص بالسوق من الباقي .

ولـو كانت القيمـة عشرة فـأبلاه حتى سـاوى خمسة ، ثم ارتفعت السوق فبلغت مع الإبلاء عشرة احتمل رده مع العشرة ؛ لأن التالف نصفه فلو بقي كله لساوى عشرين ورده مع الخمسة الناقصة بالاستعمال .

ولا عبرة بالزيادة بعد التلف ، كما لو تلف كله ثم زادت القيمة ،

فعادت قيمته الىٰ درهم لزمه مع الرد الخمسة الناقصة بالابلاء ، ولا يغرم ما نقص بالسوق من الباقي) .

اذا كان المغصوب ثوباً ، ونحوه مما ينقصه الإبلاء ، وكان يساوي عشرة بدليل قوله : (عادت قيمته بـالإبلاء الى خمسـة) مع قـوله: (لـزمه مـع الرد الخمسة الناقصة) فابلاه حتى عادت قيمته خمسة فيكون نقصه قدر النصف ، باعتبار الفائت من العين والصفات ، ثم انخفض السوق فعادت قيمته ، أي قيمة المغصوب كله وهو المحدث عنه أولاً ، والباقي بعد الابلاء الى درهم فاللازم قيمة التالف ، فإنه كان يساوي عند التلف خسمة ، وأما الباقي فيجب رده لا ضمان ما نقص بالسوق منه كما علم غير مرة .

قوله : (ولو كانت القيمـة عشرة فـأبلاه حتى سـاوى خمسة ، ثم ارتفعت السوق فبلغت مع الابلاء عشرة احتمل رده مع العشرة؛ لأن التالف نصفه ، فلو بقي كله لساوى عشرين) .

ضعف هذا الاحتمال ظاهر؛ لأن زيادة السوق بعد التلف لا أثر لهـا ، واحتمال[1] كونه كالباقي ؛ لبقاء الأصل خيال واهن [2] .

قوله : (ورده مع الخمسة الناقصة بالاستعمال ولا عبرة بالزيادة بعد

---

(١) في النسختين الخطيتين: ويحتمل.

(٢) في النسخة الحجرية: ويحتمل كونه كالباقي في الأصل حال رده.

وهو أقوى .

ولو قطع الثوب قطعاً لم يملكه ، بل يرد القطع مع الأرش .

ولو كان العيب غير مستقر ، كما لو بلّ الحنطة حتى تعفنت ، أو اتخذ منها هريسة ، أو من التمر والسمن حلواء فإن مصيره الى الهلاك لمن لا يريده فالأقوى رد العين مع الأرش .

التلف ، كما لو تلف كله ثم زادت القيمة وهو أقوى) .

أي : واحتمل[1] رده الى آخره ، ولا يخفى أن هذا الاحتمال أوجه ، وهو الأصح .

قوله : (ولو قطع الثوب قطعاً لم يملكه بل يرد القطع مع الأرش) .

لا خلاف بين أصحابنا في ذلك على ما ذكره في التذكرة[2] ، وكذا الشافعي[3] ، والمخالف فيه أبو حنيفة[4] ، واحمد في احدى الروايتين[5] ، وليس بشيء فإن ملك المالك لا يزول بدون السبب الناقل .

قوله : (ولو كان العيب غير مستقر ، كما لو بل الحنطة حتى تعفنت ، أو اتخذ منها هريسة ، أو من التمر والسمن حلوى فإن مصيره الى الهلاك لمن لا يريده فالأقوى رد العين مع الارش) .

وجه القوة : بقاؤه على ملك المالك ، إذ لا يخرج المملوك بإحداث حدث فيه عن الملك ، فيجب رده على مالكه وضمان ما نقص بالجناية ويحتمل ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة ؛ لأنه كالهالك ، إذ هو مشرف على التلف

---

(١) في «ق»: ويحتمل.

(٢) التذكرة٢ : ٣٩٢.

(٣) المجموع١٤ : ٢٤٣ .

(٤) المصدر السابق.

(٥) المغني لابن قدامة ٥: ٤٠١ .

وكل ما نقص شيئاً ضمنه على اشكال ينشأ : من حصول البراءة بدفع العين وأرش النقص فيجوز أن يعانده المالك بعدم التصرف فيه الى أن يتلف ، ومن استناد النقص الى السبب الموجود في يد الغاصب .

لو ترك بحاله فهو لمن لا يريده بمنزلة التالف ، وهو قول الشيخ[1] . وضعفه ظاهر ، إذ ليس بتالف وإن كان قد يؤول الى التلف .

ولا يخفى انه اذا كان الخليط من الغاصب كان فيه مع العيب المذكور الشركة ، ويعرف حكمها مما لو خلط زيته بالزيت الذي غصبه ، وعلى كل حال فالأقوى ما قوّاه المصنف .

قوله : (وكل ما نقص شيئاً ضمنه على اشكال ينشأ : من حصول البراءة بدفع العين وأرش النقص فيجوز أن يعانده المالك بعدم التصرف فيه الى أن يتلف ، ومن استناد النقص الى السبب الموجود في يد الغاصب) .

اي : بعد دفع العين مع الأرش كل ما تجدد نقص في العين ضمنه الغاصب على اشكال ينشأ : من حصول البراءة بدفع العين وأرش النقص ؛ لأنه الواجب وتمام الحق ، إذ لا يجب غيره حينئذ فلا يجب شيء آخر بعد ذلك . وفيه نظر ؛ لأن وجوبه حينئذ لا يقتضي كونه كمال الحق الواجب وإن كان كمال الحق الواجب حينئذ ، لعدم حدوث تلف شيء يكون مضموناً بعد ، فاذا حدث ضمنه ؛ لأنه مستند الى جنايته .

ثم قول المصنف : (فيجوز . . .) يحتمل أن يريد به كونه تتمة لهذا الوجه ، وكونه وجهاً برأسه ، فعلى الأول يكون المعنى : وإن لم يبرأ بذلك يلزم الضرر على الغاصب ، إذ يجوز أن يعانده المالك الى آخره .

وعلى الثاني يكون المعنى : ولأنه على تقدير الضمان يجوز أن يعانده

---

(١) المبسوط ٣ : ٨٢ .

. . . .

المالك ، فيحصل الضرر وهو منفي بالحديث . والعبارة لا تفي بواحد من المعنيين ، وتصدير الجملة بالفاء صيّرها في غاية البعد عن الربط .

ومنع بطلان لزوم الضرر على الغاصب وارد ، والحديث لا يدفعه ، فإن الضرر لا يزال بالضرر والغاصب مؤاخذ بالأشق .

ومن أن النقص الحادث مستند الى فعل الغاصب فيكون كسراية الجناية .

ويمكن الفرق بأن دفع سراية الجناية غير داخل تحت القدرة بخلاف علاج نحو الهريسة ، فيكون ترك العلاج بمنزلة ترك شد العضد وترك علاج الجرح فلا يكون مضموناً . ويحتمل دفعه الى الغاصب واخذ البدل؛ نظراً الى تجدد العيب فهو بمنزلة التالف .

واختار المصنف في التذكرة أخذ العين ، وأرش العيب المستقر ، وأرش ما يتجدد من العيب[١] وهو واضح[٢] اذا لم يتمكن المالك من العلاج ، فإن تمكن بسهولة ففيه تردد .

فرع :

لو غصب شيئاً تتفاوت قيمته بالنسبة الى أربابه قال في التذكرة : الأقرب ضمان التفاوت أيضاً بالنسبة الى ربه إن غصبه منه ، وإن غصبه من غيره لم يضمن بالزيادة ، بل ما يساوي قيمته بالنسبة الى ذلك الغير[٣] . مثلاً لو غصب حجة إنسان بدين أو ملك ، ولا ريب أن قيمة تلك الحجة شيء يسير بالنسبة الى غير مالكها ،وأما بالنسبة الى مالكها (فإنها)[٤] تساوي أكثر ، فإن غصبها وهي

---

(١) التذكرة٢ : ٣٩٠ .

(٢) في «م» : الأصح .

(٣) التذكرة٢ : ٣٩١ .

(٤) لم ترد في «ق» .

ولو غصب شيئين ينقصهما التفريق ، كزوجي خف ومصراعي باب فتلف أحدهما ، وقيمة الجميع عشرة والواحد ثلاثة ضمن سبعة وهي قيمة التالف مجتمعاً ونقصان الباقي . وكذا لو شق ثوباً نصفين فنقصت قيمة كل واحد منهما بالشق ، ثم تلف أحدهما .

لصاحبها ضمن القيمة الزائدة ، وإن غصبها وهي لغير مالكها لم يضمن الزيادة .

وكذا لو غصب شمشكا وسيعاً في الغاية لا يلبسه إلا شخص واحد ، أو خاتماً كذلك ، وتتفاوت قيمة الشمشك والخاتم بالنسبة الى كبير الرجل وغليظ الاصبع وضدهما . اقول : هذا يكاد يكون منافياً لقولهم : إن بغلة القاضي والشوكي لا يتفاوتان في قطع الذنب .

وينبغي أن يقال : إن هذا صحيح بالنسبة الى خصوصية القاضي والشوكي في وجوب تمام القيمة ، أما كون النقص متفاوتاً باعتبار تفاوت تعطل بعض المنافع وعدمه فلا يكون ما ذكره في التذكرة هنا صحيحاً .

قوله : (ولو غصب شيئين ينقصهما التفريق ، كزوجي خف ومصراعي باب فتلف أحدهما ، وقيمة الجميع عشرة والواحد ثلاثة ضمن سبعة ، وهي قيمة التالف مجتمعا ونقصان الباقي) .

لأن النقصان الحاصل في يده مستند الى ذهاب شيء من العين مضمون عليه قطعاً ، وما كان من القيمة في مقابل اجتماع الزوجين نقص لفوات صفة الاجتماع في يده فيضمن سبعة .

قوله : (وكذا لو شق ثوباً بنصفين فنقصت قيمة كل واحد منهما بالشق ثم تلف أحدهما) .

وتتحقق المساواة في الحكم اذا كان أحد النصفين إنما يحصل كمال النفع به مع النصف الآخر ، بأن يكون جعله ثوباً إنما يتحقق بهما ، فمع فقده

أما لو غصب أحدهما وحده ، ثم تلف أو أتلف أحدهما فإنه يضمن قيمة التالف مجتمعاً خاصة وهي خمسة . ويحتمل سبعة ؛ لأنه أتلف أحدهما وادخل النقص على الباقي بتعديه .ويحتمل ثلاثة ؛ لأنه قيمة المتلف . ولو لم ينقص الثوب بالشق رده بغير شيء .

يفوت هذا النفع فتنقص قيمة الآخر بذلك .

قوله : (أما لو غصب أحدهما وحده ثم تلف ، أو أتلف أحدهما فإنه يضمن قيمة التالف مجتمعاً خاصة ، وهي خمسة . ويحتمل سبعة؛ لأنه أتلف أحدهما وادخل النقص على الباقي بتعديه ، ويحتمل ثلاثة؛ لأنه قيمة المتلف) .

الفرق بين هذه المسألة والتي قبلها ـ حيث أورد في هذه الاحتمالات الثلاثة ولم يورد في الأُولى شيئاً : ـ ان التلف في الأُولى تحقق بعد اثبات الغاصب يده على الزوجين معاً ، فكان كلما يحدث من نقصان في القيمة مستنداً الى نقصان في العين ، أو في الصفات مضموناً عليه قطعاً . وهنا لم تثبت يده على الزوجين معاً فجاء احتمال ضمان ما تلف في يده خاصة منظوراً فيه الى احدى صفتيه تارة والى الأُخرى تارة ، وهي كونه مجتمعاً مع الزوج الآخر وكونه منفرداً عنه .

ولا ريب أن النقص الحاصل في الزوج الباقي مستند الى فقد صفة ، هي كونه مجتمعاً مع الزوج التالف وقد حصل منه فيجب أن يكون مضموناً عليه ، فيكون الاحتمال الثاني اقواها واضعفها الثالث .

قوله : (ولو لم ينقص الثوب بالشق رده بغير شيء) .

اذ لم يفت من المال شيء ، لكن جزاء فعله زيادة تعزيره واهانته ردعاً وزجراً .

ويجب رد العين المغصوبة ما دامت باقية ، فإن تعذّر دفع الغاصب البدل ، ويملكه المغصوب منه .

ولا يملك الغاصب العين المغصوبة ، فإن عادت فلكل منهما الرجوع .

قوله: (ويجب رد العين ما دامت باقية، فإن تعذر دفع الغاصب البدل) .

المراد تعذره عادة ، ودفع البدل على طريق الوجوب اذا طلبه المالك ، ويكفي لوجوب دفعه تعذر دفع العين على الفور ، ولو كان يتمكن من الدفع بعد يوم مثلاً فهل يجب دفع البدل؟ اطلاق كلامهم يقتضي الوجوب ، ويناسبه أن الغاصب مؤاخذ بالأشق ، ولم اقف على تصريح بنفي أو اثبات .

قوله : (ويملكه المغصوب منه) .

وإلا لم يكن لدفعه فائدة ، بل كان محض كل على المالك ، ولأن الغرض منه المحافظة على وصول ملكه اليه أو بدله على الفور ، ومقتضى كلامهم أن تملكه للحيلولة يقتضي أن لا يكون في مقابل العين المغصوبة ، وتحقيقه لا يخلو من اشكال .

قوله : (ولا يملك الغاصب العين المغصوبة فإن عادت فلكل منهما الرجوع) .

مقتضى ذلك بقاء العين المغصوبة على ملك المالك؛ لامتناع كون الملك لا مالك له ، فإن عادت فلكل منهما الرجوع في العين بأن يدفعها الغاصب فيجب على المالك قبولها ، أو يرجع بها المالك .

ولا يخفى أن اطلاق الرجوع على الأول مجاز ، ويمكن أن يكون المراد : فلكل منهما الرجوع في العين والبدل . لكنه بعيد؛ لأن حكم البدل سنذكر فيه اشكال باعتبار وجوب دفعه لو طلبه الغاصب ، وهذا الجزم مناف له ،

وهل يجبر المالك على إعادة البدل لو طلبه الغاصب ؟ اشكال لا على رد النماء المنفصل وعلى الغاصب الأُجرة إن كان ذا أُجرة من حين

ويبعد جمع الجزم والتردد في مسألة واحدة بغير فاصل ، بل يقبح .

وهل يجبر المالك على اعادة البدل لو طلبه الغاصب؟ اشكال ينشأ : من ثبوت الملك والأصل بقاؤه ، ومن أنه إنما ملكه للحيلولة وقد زالت . قيل : لو كان بحيث يجبر على رده لكان نقصاً في البدلية ، إذ قد لا يرغب المعاملون فيه . وليس بشيء؛ لأنه متى تعلق به حق ثالث وجب عوضه ، والأصح وجوب الرد فيجبر عليه .

والعجب أن المصنف جزم فيما سبق بالتراد ، وتردد في أن للغاصب حبس العين الى أن يأخذ البدل ، وهنا تردد في اجبار المالك على الدفع لو طلبه الغاصب . وينبغي عدم التردد في وجوب الرد حينئذ؛ لأن هذا الملك ثبت على طريق القهر لأجل عدم وصول ملك المالك اليه .

فإن كان على جهة البدلية فاذا استحق المالك ملكه وجب عود مال الغاصب اليه؛ لامتناع زوال البدلية ، وعدم رجوع كل من البدل والمبدل الى مالكه ، وإن كان على جهة الحيلولة فقد زالت فلا وجه لعدم الرد أصلاً؛ لأن الحال دائر بين الأمرين .

صرح المصنف في التذكرة بأن القيمة المدفوعة يملكها المغصوب منه ملكاً مراعى للحيلولة فيزول بزوالها [1] وهو واضح .

قوله : (لا على النماء المنفصل) .

لأنه نماء ملك المالك؛ لأنه في وقت النماء كان مالكاً للعين ، بخلاف المتصل فيجب رده مع العين .

قوله : (وعلى الغاصب الأُجرة إن كان ذا أُجرة من حين الغصب

---

(١) التذكرة٢ : ٣٨٥.

الغصب الى حين دفع البدل ، والنماء المنفصل فيما بينهما للمالك ، وكذا المتصل فيضمنه الغاصب لو زال ، وكذا المتصل والمنفصل على اشكال اذا تجدد بعد دفع البدل ،

الى حين دفع البدل) .

(لا ريب في ذلك؛لأن يد الغاصب حينئذ يد عدوان محض وقد سبق تعيين الأُجرة ، أما بعد دفع البدل)[1] فهل تجب الأُجرة أم لا؟ سبق في مسألة الآبق اشكال في أُجرته بعد دفع القيمة ، والذي يقتضيه النظر في الموضعين الوجوب؛ لبقاء الغصب كما كان .

نعم على القول بأن للغاصب حبس المغصوب الى أن يقبض البدل يتأتى عدم وجوب الأجرة بعد دفعه القيمة ، ولا يتأتى عدم استحقاق المالك نماء العين إلا على القول بثبوت البدلية ، وخروج العين عن ملك المالك .

قوله : (والنماء المنفصل فيما بينهما للمالك ، وكذا المتصل فيضمنه الغاصب لو زال) .

لا ريب في ذلك أيضاً؛ لأنه نماء ملك المالك .

قوله : (وكذا المتصل والمنفصل على اشكال اذا تجدد بعد دفع البدل) .

ينشأ : من أنه تجدد بعد براءته من العين بعد دفع القيمة ، ولم يثبت يده عليه ، ومن أن الدفع إنما كان لمكان الحيلولة وهو لا يقتضي البراءة . والأصح استحقاق الرجوع به أيضاً على الغاصب؛ استصحاباً لما كان الى أن يعلم المزيل .

---

(١) لم ترد في «م».

ويضمن الأجرة وإن لم ينتفع بأجرة المثل عن عمل مطلق مدة الغصب .

ولو انتفع بالأزيد ضمن الأزيد ، ولو انتفع بالأنقص ضمن أجرة المطلق .

ولو جنى العبد المغصوب فقتل قصاصاً فعلى الغاصب أعلى القيم .

المراد بالعمل المطلق : المتوسط الذي لا يكون مقيداً بقيد القلة ولا بقيد الكثرة ، وفي فهم المتوسط من المطلق خفاء إلا أن ما سيذكره في العبارة يرشد الى ذلك .

ووجه ضمانه : أن المتوسط هو الغالب فإن إدآب الأجير نفسه فوق المعتاد نادر كما أن الرضى بالتراخي أيضا نادر .

فإن قلت : كيف وجب في المنافع أجرة الأعلى ووجب في العمل أجرة الأوسط؟

قلت : لا أولوية بالنسبة الى المنافع للقادر عليها ، فإن كلاً منهما ممكن منه على حد سواء ، بخلاف العمل فإن في مراتبه تفاوتاً

قوله : (ولو انتفع بالأزيد ضمن ، وإن انتفع بالأنقص ضمن أجرة المطلق) .

أي : المتوسط ، أما الأول فلأنه قد استوفاه فيجب بدل ما استوفاه ، وأما الثاني فلأن الزائد على الأنقص قد فات وهو محسوب على الغاصب .

قوله : (ولو جنى العبد المغصوب فقتل قصاصاً فعلى الغاصب اعلى القيم) .

هذا بناء على وجوب أعلى القيم في القيمي ، وقد سبق أن الأصح خلافه ، وأن الواجب قيمة يوم التلف . ووجه ضمانه على الغاصب : أنه مضمون عليه في حال الجناية ، فيضمن ما يحدث عليه بسببها .

ولو جنى على الطرف فاقتص ضمن الغاصب الأرش ، وهو ما ينقص من العبد بذلك دون أرش اليد ؛ لأنها ذهبت بسبب غير مضمون ويحتمل أرش اليد ، وأكثر الأمرين . وكذا لو اقتص منه بعد رده الى السيد ، وكذا لو ارتد في يد الغاصب فقتل في يد المالك فإنه يضمن القيمة .

قوله : (ولو جنى على الطرف فاقتُص ضمن الغاصب الأرش ، وهو ما ينقص من العبد بذلك ، دون أرش اليد؛ لأنها ذهبت بسبب غير مضمون . ويحتمل أرش اليد واكثر الأمرين) .

لو جنى العبد المغصوب على طرف الغير فاقتص منه المجنى عليه ضمن الغاصب أرش اليد ، وهو ما ينقص من قيمة العبد بذلك ، قليلاً كان أو كثيراً ، ولا يتحتم ضمان أرش اليد ولا اكثر الأمرين؛ لأن قطعها باستحقاق الجناية . وإنما يضمن الغاصب للمالك ما ينقص . ويضعف بأن الجناية في يده فهي مضمونة ، عليه ولا منافاة في ضمان الغاصب لما يستحقه المجنى عليه بسبب الجناية . ويحتمل ضمان أرش اليد؛ لأنه المقدر وهو مضمون .

ويحتمل أكثر الأمرين من نقصان القيمة والأرش؛ لأن الغاصب مؤاخذ بذلك ، وقد سبق دليله في أول الباب ويزيده أن فيه اعمالاً للدليلين ، اعني النص على وجوب المقدّر وضمان الغاصب لما يذهب من المالية في يده ، وهذا هو الأصح إذ لا فرق بين جنايته والجناية في يده ، والعجب أن المصنف اسلف فيما تقدم وجوب اكثر الأمرين وخالف هنا ، والفرق غير ظاهر .

قوله : (وكذا لو اقتُص منه بعد رده الى السيد) .

فتجيء (فيه)[1] الاحتمالات السابقة عند المصنف ، والمختار فيها واحد ، والأصح عندنا وجوب الاكثر .

قوله : (وكذا لو ارتد في يد الغاصب فقتل في يد المالك فإنه يضمن القيمة) .

---

(١) لم ترد في «ق».

ولو غصبه مرتداً أو سارقاً فقتل أو قطع في يده ففي الضمان على الغاصب نظر ،

بقرينة تعرف مما سبق ، ولا تجيء فيه الاحتمالات السابقة ؛ لأن قوله : فإنه يضمن القيمة) يقتضي أن لا يكون التشبيه في ذلك الحكم ، بل في أصل استحقاق المالك تضمين الغاصب من غير تعيين المقدر[١] .

قوله : (ولو غصبه مرتداً أو سارقاً فقتل ، أو قطع في يده ففي الضمان على الغاصب نظر) .

ينشأ : من سبق استحقاق القتل والقطع في يد السيد فلا يكون مضموناً على الغاصب ، ومن أنه تجدد في يد الغاصب وليس من لوازم الاستحقاق في يد السيد الوقوع ، فاذا تجدد في يد الغاصب التي هي محكوم بكونها يد ضمان وجب أن يكون مضموناً .

والظاهر أنه لا فرق بين الردة الفطرية وغيرها ؛ لأنه لا يخرج بها عن كونه مملوكاً لجواز[٢] بيعه حينئذ ، ومن الجائز أن لا يظفر به السلطان فيسلم من القتل ، وما ذكره الشارح من الفرق[٣] غير ظاهر .

وبناء الحكم على أن الاعتقاد باق أم لا غير ظاهر ؛ لأن القتل قد ثبت بصدور الاعتقاد الفاسد ولم يطرأ ما يزيله ، والاعتقاد المتجدد بناء على عدم بقائه ليس هو السبب في القتل ، بل السبب ما مضى فلا يتم ما ذكره ، واني لا أجد القول بضمان الغاصب بذلك البعيد .

واختار المصنف في التذكرة ضمان الغاصب قيمة عبد مستحق للقتل أو يد مستحقة للقطع[٤] ، وهذا هو التحقيق والأصح .

---

(١) في «ق» : للقدر.

(٢) في «م» : ولجواز.

(٣) ايضاح الفوائد٢ : ١٨٢ .

(٤) التذكرة٢ : ٣٨٩.

فإن منعناه ضمن النقص الزائد على المقدّر لو حصل ، وكذا الأشكال لو انعكس .

قوله : (فإن منعناه ضمن النقص الزائد على المقدّر لو حصل) .

أي : لو قلنا بمنع الضمان على الغاصب ، وهو أحد طرفي النظر يضمن الغاصب النقص الزائد على المقدّر لو حصل نقص زائد عليه ، وذلك اذا كان الناقص من القيمة أزيد من المقدّر في الطرف ومن دية الحر في النفس .

وقصره شيخنا الشهيد في بعض حواشيه على القطع في السرقة دون القتل في الردة ، وهو في كلام الشارح السيد ، وليس بظاهر ، بل يتأتى في الارتداد أيضاً ، ووجهه على ما ذكره الشارح الفاضل : استقرار ملك المالك عليها في علمه تعالى ويد الغاصب عليها عادية[1] .

ولا يخفى قصور هذا الاستدلال عن ثبوت ذلك ، ويمكن أن يستدل بأن لمستحق هو ما قابل مقدّر اليد لا ما نقص من القيمة ، فإن ذلك مؤاخذ به الغاصب دون الجاني ، وليس هذا بشيء يعتد به؛ لأن مؤاخذة الغاصب بالزيادة فرع كون متعلق الأصل مضموناً في الجملة ، كما لو جنى الأجنبي في يد الغاصب .

أما مع عدم الضمان فلا وجه لتضمين شيء أصلاً ، والأصح عدم الفرق ، فلو منعنا الضمان لم يوجب شيئا أصلاً بحال .

قوله : (وكذا الاشكال لو انعكس) .

أي : ومثل ما سبق الاشكال لو ارتد أو سرق في يد الغاصب فقتل في يد المالك ، ومنشؤه عكس منشأ الأول ، وهذا رجوع عن جزمه السابق في قوله : (وكذا لو قبض بعد رده الى السيد ، وكذا لو ارتد في يد الغاصب فقتل في يد المالك فإنه يضمن القيمة) .

---

(١) ايضاح الفوائد ٢ : ١٨٢ .

ولو ارتد في يده ثم مات في يد مالكه من غير قتـل ضمن الأرش خاصة ،

ولا يخفى أن حمل العكس على زيادة المقدّر على نقص القيمة[١] غلط فاحش؛ لأنه لا يتردد في أن ما قابل المقدّر غير مضمون على تقدير تضمين الغاصب ما حدث في يد السيد ، فاذا لم يكن النقص بقدر المقدّر لم يعقل ضمان أصلاً، لأن ذلك المقدّر مستحق في يد السيد .

اذا عرفت ذلك فالأصح هنا الضمان؛ لأن سبب القتل والقطع في يـد الغاصب وهو مضمون عليه ، فهو بمنزلة الجناية التي تسري في يد المالك ، بخلاف ما سبق .

قوله : (ولو ارتد في يده ثم مات في يد مالكه من غير قتل ضمن الأرش خاصة) .

لحصول نقص القيمة بالارتداد؛ لأنه حينئذٍ عرّضه للقتل ، ولأن تلفه هذا لم يكن مسبباً عما حدث في يد الغاصب فلا يكون عليه سوى أرش نقصه؛ لأن أداء العين الى المالك موجب لبراءته منها ، وتضمينه ما يتجدد بسبب ما حدث في يده موقوف على تجدده وهو منتف مع الموت .

وليس ببعيد إلحاق ما لو مرض في يد الغاصب ثم برىء بهذه في وجوب الأرش؛ لتحقق النقص بحـدوث عيب المرض المـرجـو الـزوال[٢] ، فيقـوّم صحيحاً ومريضاً بذلـك المرض على حسب خـطره وعدمـه ، والمصنف في التذكرة صرح بعدم وجوب الأرش هنا[٣] ، وهو مشكل .

وحكى عن بعض العامة الوجوب[٤] ورده ، وسيأتي انه اذا اتفق المتجدد

---

(١) في «م»: القيم.

(٢) في «ق»: زواله.

(٣) التذكرة٢ : ٣٨٨.

(٤) قاله احمد بن حنبل، انظر المغني لابن قدامة٥: ٣٩٩.

وكذا لو اشترى مرتداً أو سارقاً فقتل أو قطع في يد المشتري ففي كونه من ضمان البائع نظر .

ولو طلب الولي الدية في النفس ، أو المجني عليه في الطرف لزم الغاصب أقل الأمرين من قيمته ودية الجناية ،

والتالف من الصفات في الجنس ينجبر الذاهب بالمتجدد ، فيمكن رد هذا الحكم المذكور هنا اليه؛ لأن الصحة الثابتة عادت ، وزال ما كان بخلاف وصف الارتداد الباقي وإن مات ، لكن لو عاد الى الاسلام ولم تكن ردته فطرية يجيء فيه هذا .

قوله : (وكذا لو اشترى مرتداً أو سارقاً فقتل ، أو قطع في يد المشتري ففي كونه من ضمان البائع نظر) .

ينشأ : من حدوث ذلك في يد المشتري بعد انقضاء الخيار فلا يكون مضموناً على البائع ، ومن استناده الى سبب حدث عنده فيكون من ضمانه .

والتحقيق أن هذا النظر ليس بشيء؛ لأنه إن كان ذلك مع علم المشتري بالحال فلا اشكال في أنه لا يستحق شيئاً على البائع ؛ لأن علم المشتري بالعيب يسقط خياره ، واستحقاقه الأرش وإن كان مع جهله بالحال فلا اشكال في الاستحقاق .

ثم ما الذي يستحقه؟ ظاهر كلامه هنا أن البائع يضمن ما يضمنه الغاصب ، وهو مشكل؛ لأنه إنما يستحق بالعيب أرش العيب خاصة وإن حدث به هلاكه ، كما لو اشتراه مريضاً وهو جاهل بالمرض فمات به ، فإن البائع إنما يضمن ما كان في يده لا ما تجدد في يد المشتري ، والموت والقطع متجددان .

قوله : (ولو طلب الولي الدية في النفس أو المجني عليه في الطرف لزم الغاصب اقل الأمرين من قيمته ودية الجناية) .

لأن الذي يستحقه المجني عليه أو وليه إنما هو الأقل؛ لأن الدية إن كانت

فإن زادت جناية العبد على قيمته ثم مات فعلى الغاصب قيمته تدفع الى السيد ، فإذا أخذها السيد تعلّق بها أرش الجناية ، فإذا أخذها الولي من السيد فللسيد الرجوع على الغاصب بقيمة أُخرى ؛ لإستحقاق المدفوعة أولا بسبب في يده فضمنها .

اقل فظاهر ، وإن كانت القيمة اقل فإن الجاني لا يجني على اكثر من نفسه ، وللشافعية قول انه يجب الأرش بالغا ما بلغ[1] .

ولا فرق في لزوم ذلك للغاصب بين كون الجناية عمداً أو خطأ؛ لأن حدوث الجناية من العبد نقص فيه حدث في يد الغاصب فيضمنه ، ويجب عليه تسليم العبد الى المالك وذلك في الخطأ ممكن ، إذ ليس للمجني عليه إلا الدية وإن تعلقت برقبة الجاني فانه اذا بذلها سقط التعلق ، وأما في العمد فانه اذا[2] رضي المجني عليه بالدية وجب على الغاصب بذلها .

فرع : لو لم يرض المجني عليه عمداً بالأقل فهل يجب على الغاصب بذل ما يزيد لتخليص[3] العبد؟ يحتمل ذلك كما يوجب عليه مؤونة رده وإن زادت عن القيمة ، إلا أن ظاهر قوله : (لزم الغاصب أقل الأمرين) أنه لا يجب بذل الزائد؛ لاطلاق عدم ايجاب الزائد .

قوله : (فإن زادت جناية العبد على قيمته ثم مات فعلى الغاصب قيمته يدفع الى السيد) .

المراد : قيمته سليماً من الجناية كحال غصبه .

قوله : (فاذا أخذها السيد تعلّق بها أرش الجناية ، فاذا أخذها الولي من السيد فللسيد الرجوع على الغاصب بقيمة أُخرى؛ لاستحقاق المدفوعة أولاً بسبب فى يده فضمنها) .

---

(١) انظر: بداية المجتهد٢ : ٣١٨.

(٢) في «ق»: فان.

(٣) في «ق»: ما زيد لتخليص، وفي «م»: ما يزيد ليخلص.

ولو كان العبد وديعة فجنى بالمستغرق ، ثم قتله المودع فعليه قيمته ويتعلق بها أرش الجناية ، فإذا أخذها الولي لم تجب قيمة أُخرى على المستودِع ؛ لأنه جنى وهو غير مضمون .

ولو جنى في يد سيده بالمستوعب ، ثم غصب فجنى أُخرى بالمستوعب ولم يحكم به للأول بيع فيهما ، ورجع المالك على الغاصب بما أخذه الثاني منهما ؛ لأن الجناية وقعت في يده وكان للمجني عليه أولاً أن يأخذه دون الثاني ، لأن الذي يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما

ولا يمتنع أن يكون للمجني عليه مطالبة الغاصب؛ لأن الجاني قد تلف في يده وهو مضمون عليه .

قوله : (ولو كان العبد وديعة فجنى بالمستغرق ، ثم قتله المودع فعليه قيمته ويتعلق بها ارش الجناية ، فاذا أخذها الولي لم تجب قيمة أُخرى على المستودع؛ لأنه جنى وهو غير مضمون) .

لأنه حينئذ كان وديعة ، وجنايته محسوبة على المالك؛ لأن الفرض عدم التفريط من المودع ، فالواجب على المودع إنما هو عوض قتله .

واعلم ان قوله : (فاذا أخذها الولي) يعم ما اذا كان أخذ القيمة من يد المولى ، وما اذا كان أخذها من يد الغاصب .

قوله : (ولو جنى في يد سيده بالمستوعب ، ثم غصب فجنى أُخرى بالمستوعب ولم يحكم به للأول بيع فيهما) .

لتعلق الجنايتين معاً برقبته ، بخلاف ما اذا حكم به للأول فإنه يستحقه حينئذ ، فيكون للمجني عليه الثاني مع كون الجنايتين عمداً ، وفي الخطأ اذا بيع في الأُولى ثم جنى بيع في الثانية؛ لانقطاع حكم الأُولى .

قوله : (ورجع المالك على الغاصب بما أخذه الثاني منهما؛ لأن الجناية وقعت في يده ، وكان للمجني عليه أولا أن يأخذه دون الثاني ؛ لأن

أخذه المجني عليه ثانياً فلا يتعلق به حقه ، فإن مات في يد الغاصب فعليه

الذي يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما اخذه المجنى عليه ثانياً ، فلا يتعلق به حقه) .

اذا بيع العبد في الجنايتين المذكورتين قسّمت قيمته بين المجني عليهما ، فيرجع المالك على الغاصب بما أخذه الثاني من المجني عليهما؛ لأن الجناية الثانية مضمونة عليه لوقوعها في يده ، فمهما ذهب على المالك بسببها فضمانه على الغاصب ، بخلاف الأولى لوقوعها في يد السيد ، فللمجنى عليه الأول أن يأخذه ، أي : يأخذ ما يرجع[١] به المالك على الغاصب ، وهو ما أخذه المجنى عليه الثاني ، وليس للثاني أخذه .

أما الأول؛ فلأن حق المجني عليه أولاً يتعلق[٢] بقيمة العبد كلها ـ لأن الفرض أن الجناية مستوعبة وقد وجد باقي القيمة فيتعلق به حقه .

وأما الثاني؛ فلأن الذي أخذه المالك من الغاصب هو عوض ما اخذه المجني عليه ثانياً ، وهو نصف القيمة المستحق له فلا يتعلق به حقه مرة أُخرى؛ لاستحالة تعلق حقه به مرتين ، والنصف الآخر من القيمة قد فات بتعلق حق المجني عليه اولاً به فكان القيمة من أول الأمر مقدار النصف .

وأما المجني عليه الأول فإن حقه متعلق بتمام القيمة ، والجناية الثانية لكونها (مضمونة)[٣] على الغاصب في حكم المنتفية فيبقى تعلق حقه[٤] بالقيمة جميعا ثانياً ، ولما لم تكن الجناية الأُولى مضمونة على الغاصب لم يكن للمالك الرجوع بما اخذه المجني عليه أولاً .

قوله : (فإن مات في يد الغاصب فعليه قيمته تقسّم بينهما ، ويرجع

---

(١) في «ق»: ما رجع.

(٢) في «م»: متعلق.

(٣) لم ترد في «م».

(٤) في «م»: المنتفية يتعلق حقه.

قيمته تقسّم بينهما ويرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة ، ويكون للمجني عليه أولاً أن يأخذه .

ولو جنى على سيده فالضمان على الغاصب كالأجنبي على اشكال .

المالك على الغاصب بنصف القيمة ، ويكون للمجني عليه أولاً أن يأخذه) .

أما وجوب القيمة بموته؛ فلأنه مضمون على الغاصب ، وأما وجوب غرمه نصف القيمة مرة اُخرى؛ فلأن الجناية الثانية مضمونة عليه لكونها في يده ، وهي موجبة لفوات نصف القيمة للمجني عليه ثانياً ، وأخذ المجني عليه أولاً النصف يعرف وجهه مما سبق .

ولو وهب المجني عليه ثانياً ما اوجبته الجناية للمالك فالرجوع بالنصف بحاله على الظاهر ، ولو وهبه للغاصب فليس ببعيد سقوط الرجوع به .

قوله : (ولو جنى على سيده فالضمان على الغاصب كالأجنبي على اشكال) .

ينشأ : من أنه مضمون عليه فيضمن كل نقص دخل عليه في يده ، وجنايته على السيد موجبة لاستحقاق الاقتصاص ، فاستوى السيد والاجنبي . ومن أن استحقاق الرجوع في الأجنبي لاقتضاء الجناية عليه زوال الملك أو افضائها اليه ، فاذا سلّم العبد الى المالك (فحينئذ)[1] لم يكن تسلميا تاماً .

بخلاف ما اذا كانت الجناية على المولى ، فإنه اذا سلّمه اليه فقد مكنه منه كمال التمكين ، ولا يضر اقتصاصه بعد ذلك؛ لكون ذلك باختياره ومباشرته . وليس بشيء؛ لثبوت حق الاقتصاص الذي تركه موجب للضرر على السيد أو الوارث بسبب حدث في يد الغاصب ، وهو منقص للمالية فيستحق الرجوع به ، وهو الأصح ، وهذا اذا كانت الجناية عمداً

---

(١) لم ترد في «ق».

ولو خصى العبد فعليه كمال القيمة ورده على رأي ،

أما لو كانت خطأ فلا شيء للسيد على الغاصب؛ لأن الواجب في جناية الخطأ المال ، وثبوته هنا ممتنع إذ لا يثبت للسيد على عبده مال ، وثبوته على الغاصب فرع ثبوته على العبد ، وقد سبق مثله في الرهن .

نعم ، لو تضمنت جنايته استطالته على السيد وقلة الرغبة فيه ضمن ما ينقص من قيمته بهذا العيب لا أرش الجناية ، ولا يخفى أن هذا العيب في الجناية عمداً متحقق ، فيضمن الغاصب ارشه خارجاً عن ارش الجناية لاختلافهما .

اذا عرفت هذا ، فلو اقتص المالك في العمد فعلى الغاصب اكثر الأمرين كما سبق غير مرة ، وإن عفى عن مال ثبت المال على العبد ، وفداه الغاصب بأقل الأمرين ، من أرش الجناية وقيمة العبد كالأجنبي ، قاله في التذكرة[1] ، ووجهه : أن المال ليس بثابت هنا اصالة من أول الأمر ليمتنع ثبوته لاستلزامه وجوب مال السيد على عبده ، وإنما هو عوض عن جناية ثانية مستحقة على العبد مضمونة على الغاصب ، فلا يمتنع ثبوت عوضها؛ لأن الخيار في ذلك الى المجني عليه .

قوله : (ولو خصى العبد فعليه كمال القيمة على رأي ، ورده) .

هذا هو الأصح؛ لأن عوض الفائت هو القيمة ، ولا يتوقف الاستحقاق على دفع العبد ، بخلاف الجاني كما بيناه سابقا ، وللشيخ قول بأن له القيمة اذا سلّمه لئلا يجمع بين العوض والمعوض[2] ، وقد عرفت الفرق بين الغاصب والجاني ، واختصاص الجاني بالنص[3] بخلاف الغاصب . في بعض النسخ : (فعليه كمال القيمة ورده على رأي) وهو صواب؛ لأن الخلاف إنما هو في

---

(١) التذكرة٢ : ٣٨٨ .

(٢) المبسوط٣ : ٦٤ .

(٣) الكافي٧ : ٣٤٢ حديث١٢ ، الفقيه٤ : ٦٥ ، التهذيب١٠ : ٣٠٧ .

فإن سقط ذلك العضو بآفة فلا شيء ؛ لأنه يزيد به قيمته على اشكال ، وكذا لو نقص السمن المفرط ولم تنقص القيمة ، وكذا الإصبع الزائدة ولو مثّل به لم ينعتق على رأي .

الأمرين معاً .

قوله : (فإن سقط ذلك العضو بآفة فلا شيء؛ لأنه يزيد به قيمته على اشكال) .

الضمير في : (لأنه) للشأن ، ومنشأ الاشكال ما ذكره ، فإنه لا نقص في المالية حينئذ فلا ضمان ، ومن أن التلف في يد الغاصب بالآفة كالتلف بالجناية؛ لكون العبد واجزاءه وصفاته ومنافعه مضمونة عليه ، وللعضو التالف مقدّر فيضمنه ، وهو الأصح .

ولا يخفى أن الاشكال هنا في أصل الضمان ، فلو قلنا به كما هو الأصح فالواجب كمال القيمة مع رده على رأي .

قوله : (وكذا لو نقص السمن المفرط ولم تنقص القيمة)

أي : لا شيء به ولا يجيء فيه الاشكال؛ لأنه لا مقدّر له شرعاً فيجب بفواته ، ولم تنقص به القيمة فيجب قدر النقص ، فهو من قبيل ما لا قيمة له ، وهذا يتحقق في سمن نحو العبد والجارية ، وما لا يقصد منه اللحم فإن سمنه اذا افرط وتجاوز الحد ربما نقص قيمته .

قوله : (وكذا الاصبع الزائدة) .

أي : لو نقصت ولم تنقص بها القيمة لا شيء فيها . وليس بجيد ، بل الأصل[1] فيها الضمان؛ لأن لها مقدراً وهو ثلث دية الأصلية .

قوله : (ولو مَثّل به لم ينعتق على رأي) .

---

(١) في «م»: الأصح .

ولو ساوى بعد الغصب الضعف لزيادة السوق فقطع يده فعادت الأولى رد العبد ومساويه ، ولو نقص الزائد ونصف الأصل وأوجبنا الأكثر لزمه المجموع وإلاّ الزائد ،

لأن التحرير بالتمثيل على خلاف الأصل ، فيقتصر فيه على مورد النص[1] ، وقال الشيخ[2] وابن البراج : ينعتق بذلك[3] ، وربما بني القولان على أن الانعتاق بتمثيل المولى لجبر حال العبد أو لعقوبة المولى ، فعلى الأول ينعتق هنا وعلى الثاني لا ، وهو بناء ضعيف ورجوع الحكم الى جهالة ، والأصح عدم الانعتاق .

قوله : (ولو ساوى بعد الغصب الضعف لزيادة السوق فقطع يده فعادت الأولى رد العبد ومساويه) .

أي : لو قطعت يد العبد بعد ارتفاع قيمته الى الضعف فعادت قيمته بالقطع الى الأولى ، وهي نصف قيمته الآن رد العبد ونصف قيمته الآن ، وهي قدر القيمة الأولى ، لأن ذلك قدر النقص والمقدّر شرعا إذ هو نصف القيمة .

قوله : (ولو نقص الزائد ونصف الأصل واوجبنا الأكثر لزمه المجموع ، وإلا الزائد) .

أي : لو نقص من قيمة العبد في الفرض المذكور مجموع الزائد ونصف الأصل بقطع يده كان كأن يساوي مائة فارتقى الى مائتين ، فقطعت يده فصار بالقطع يساوي خمسين ، فنقص الزائد وهو مائة ونصف الأصل وهو خمسون . فإن اوجبنا على الغاصب في الجناية على المغصوب اكثر الأمرين من المقدّر والأرش لزمه المجموع وهو ظاهر ، وإن اوجبنا المقدّر خاصة وهو نصف القيمة لزمه الزائد فقط ، وهذا ظاهر اذا لم يكن قطع يد العبد لكونه قد جنى على يد

---

(١) مسند أحمد٢ : ٢٢٥ بتفاوت يسير.

(٢) الخلاف٢ : ٩٨ كتاب الغصب مسألة٦ .

(٣) نقله عنه في المختلف: ٤٥٧ .

وإن نقص الربع فإن اوجبنا الأرش لزمه الربع وإلاّ النصف .

غيره عمداً ، فإنه على هذا التقدير تجيء عند المصنف فيه احتمالات ثلاثة قد سبقت :

أحدها : الأرش كائناً ما كان ، وعلى هذا الاحتمال يلزم الغاصب المجموع أيضاً ، فلا يستقيم قول المصنف :(إلا الزائد) إذ معناه : وإن لم نوجب الأكثر لزمه الزائد فقط ، وقد عرفت انا قد لا نوجب الأكثر ، ويلزمه المجموع اذا اوجبنا الأرش .

ويندفع هذا عن العبارة اذا قرىء قوله سابقاً : (فقطع يده) مبنياً للمعلوم؛ لأن الضمير حينئذٍ يعود الى الغاصب ، فلا تندرج في العبارة الصورة المذكورة ، إلا أن قوله فيما بعد : (وإن نقص الربع فإن اوجبنا الأرش . . .) ينافيه ، لأن ايجاب الأرش على ما ذكره إنما يجيء اذا جنى العبد في يد الغاصب فقطعت يده بالجناية؛ لأنه حينئذ يقال : إن يده ذهبت بسبب غير مضمون فيجب الأرش لا أرشها وإن كان ضعيفاً . وإنما قلنا إنه ينافيه؛ لامتناع اندراج متعلق هذا الحكم في العبارة حينئذٍ .

قوله : (وإن نقص الربع فإن اوجبنا الأرش لزمه الربع ، وإلا النصف) .

أي : لو كان النقص في الفرض المذكور هو ربع القيمة ، سواء كان ربع قيمة الأصل أو ما صار اليه فاللازم هو الربع إن اوجبنا الأرش كائناً ما كان ، وإن لم نوجب الأرش تعيّن النصف؛ لأنه المقدّر والأكثر ، وهذا لا يستقيم إلا اذا كان القطع بجناية العبد المغصوب على الطرف على الاحتمال كما علم غير مرة ، لا مطلقاً كما هو ظاهر العبارة .

ولا شك في فسادها ، سواء أُخذت مطلقة ـ اذا قرىء قوله : (فقطع يده) مبنياً للمجهول ـ أو مخصوصاً بكون الغاصب هو القاطع بأن يبنى للمعلوم؛ لأن الجاني اذا وجب عليه المقدّر فجناية الغاصب بطريق أولى ، إنما

ولو غصب عبداً فقطع آخر يده تخيّر ، فيضمن الجاني النصف خاصة ولا يرجع على أحد ، والغاصب الزائد إن نقص أكثر من النصف ولا يرجع على أحد ولو لم تحصل زيادة استقر الضمان على الجاني .

ولو غصبه شاباً فصار شيخاً ضمن النقص ،

الكلام في وجوب اكثر الأمرين .

ولا يستقيم هذا الحكم إلا اذا كان القطع بالجناية فقط ، فالعبارة غير جيدة والحكم غير معتبر ، وقد عرفت غير مرة إنّا نوجب اكثر الأمرين في جميع هذه الصور .

قوله : (ولو غصب عبدا فقطع آخر يده تخيّر ، فيضمن الجاني النصف خاصة ولا يرجع على أحد ، والغاصب الزائد إن نقص أكثر من النصف ولا يرجع على أحد) .

الضمير في : (تخيّر) يرجع الى المغصوب منه فإن له تضمين كل منهما ، لكن الجاني لا يضمن سوى بدل الجناية وهو مقدّر ، بخلاف الغاصب فإنه يضمن اكثر الأمرين .

فقرار الضمان بالنسبة الى موجب الجناية على الجاني ، فإن رجع عليه به لم يرجع به على أحد ، وإن رجع به على الغاصب رجع الغاصب به عليه ، وأما الزائد على تقدير حصوله فإنه على الغاصب خاصة .

قوله : (ولو لم تحصل زيادة استقر الضمان على الجاني) .

لاستواء الجاني والغاصب في وجوب ذلك وقد باشر الاتلاف فالقرار عليه ، ويتخير المالك في الرجوع على كل منهما .

قوله : (ولو غصبه شاباً فصار شيخاً ضمن النقص) .

لتناقص القوى والقابلية بذلك الموجب لنقصان القيمة .

وكذا لو كان أمرداً فنبتت له لحية على اشكال .

ولو نقصت الأرض لترك الزرع كأرض البصرة ضمن على اشكال .

ولو نقل التراب ردّه بعينه ، فإن تعذّر فالمثل وعليه الأرش وتسوية الحفر . والبائع اذا قلع احجاره فعليه التسوية دون الأرش ،

قوله : (وكذا لو كان امرداً فنبتت له لحية على اشكال) .

ينشأ : من حصول النقص في القيمة بذلك؛ لأنه المفروض ، ومن تخيل أن الفائت لا يقصد قصداً صحيحاً فجرى مجرى الصناعة المحرّمة . وليس بشيء ، فإنه قد يقصد قصداً صحيحاً وتتعلق به اغراض محلله ، فمتى حصل بسببه نقص ضمنه .

قوله : (ولو نقصت الأرض لترك الزرع كأرض البصرة ضمن على اشكال) .

ينشأ : من أن ترك زرعها واجب عليه فلا يتعلق به ضمان بسببه ، ومن أن كل نقص يحدث في يده مضمون عليه ، وهو الأصح . ولا منافاة بين تحريم زرعها عليه وضمانه نقصها ، إذ الواجب عليه من أول الأمر عدم اثبات يده على مال الغير بغير حق .

قوله : (ولو نقل التراب رده بعينه ، فإن تعذر فالمثل وعليه الأرش وتسوية الحفر) .

لأن التراب مثلي .

فإن قيل : الأرض قيمي ، فكيف يكون التراب مثلياً؟

قلنا : لا استبعاد في ذلك ، فإن التراب من حيث هو تراب مثلي وإن كانت الأرض باعتبار كونها قراحاً ، وبستاناً ، ونحو ذلك قيمية .

قوله : (والبائع اذا قلع احجاره فعليه التسوية دون الأرش) .

ولو حفر بئراً فله طمها إلّا أن ينهاه المالك فيزول ضمان التردي .

ولو ذهب نصف الزيت بالإغلاء ضمن مثل الذاهب وإن لم تنقص القيمة ، وكذا في اغلاء العصير على رأي .

استطراداً أتى بهذه المسألة هنا[1]، وإنما وجبت عليه التسوية هنا؛ لأنه يجب عليه تسليم المبيع كاملاً ، وإنما لم يجب عليه الأرش؛ لأن الفعل مأذون فيه شرعاً فلا يتعقبه ضمان ، نعم يتخير المشتري لو كان جاهلاً ، قيل[2] : هذا بعينه يقتضي أن لا تجب عليه التسوية .

قوله : (ولو حفر بئراً فله طمها ، إلا إن ينهاه المالك فيزول ضمان التردي) .

هذا مختار ابن ادريس[3] ، وهو الأصح ، وقال الشيخ : له طمها وإن نهاه المالك ، لدفع ضمان التردي ، واحتمل أنه لو أبرأه المالك من الضمان لم يبرأ؛ لأنه أبرأ مما لم يجب ، ثم اختار البراءة به[4] . ويضعّف بأن المالك اذا رضي بحفر البئر كان كما لو حفرت بإذنه ، ونهيه عن الطم يتضمن الرضى .

قوله : (ولو ذهب نصف الزيت بالاغلاء ضمن مثل الذاهب وإن لم تنقص القيمة) .

لأن نصف العين قد ذهبت وهي مضمونة بالمثل فلا اعتبار بالقيمة .

قوله : (وكذا في إغلاء العصير على رأي) .

لحصول النقص في العين ، وقال الشيخ : لا يضمن؛ لأن الذاهب أجزاء مائية لا قيمة لها ، فإن النار تعقد أجزاء العصير ولهذا تزيد حلاوته بخلاف

---

(١) في «ق»: استطرد الى هذه المسألة هنا.

(٢) هكذا في النسختين الخطيتين، وفي هامش نسخة «م»: هكذا وجد.

(٣) السرائر: ٢٧٧ .

(٤) المبسوط٣: ٧٣ .

ولا يجبر المتجدد من الصفات ما خالفه من التالف وإن تساويا قيمة ، بخلاف ما لو اتفقا جنساً .

ولو غصب عصيراً فصار خمراً ضمن المثل ، وفي وجوب الدفع اشكال ،

الزيت[١] . وكون الذاهب أجزاء مائية فقط غير معلوم ، وقد وقع نقص محسوس في العين فيجب بدله ، وهو الأصح .

قوله : (بخلاف ما لو اتفقا جنساً) .

كما لو كان كاتباً فنسي ثم تجدد له ذلك ، والذي يقتضيه النظر : أن المتجدد من الصفات إن كان هو الأول كالكاتب ، والعالم ، والخيّاط ينسى ثم يتذكر فلا يجب ارشه على الغاصب ، إذ لم يفت شيء . وإن كان غيره ، كما لو كان سميناً فهزل ثم سمن لم يجبر الثاني الأول ؛ لأن الثاني مال متجدد للمالك ، والأول مال ذاهب ، وكلام المصنف في التذكرة[٢] لا يخلو من اضطراب ، وظاهر ما هنا معترض .

وفي الدروس : ولو عادت الناقصة جبر[٣] ، وهو مشعر بما قلناه ، لأن العود إنما يكون اذا حصل الفائت بنفسه ، ولا يتحقق ذلك إلا في التذكر بعد النسيان .

ولو مرض العبد ثم عوفيّ فقد صرح في التذكرة بوجوب رده من غير شيء[٤] ، وفي كون هذه الصحة هي الأُولى نظر .

قوله : (وفي وجوب الدفع اشكال) .

---

(١) المبسوط٣ : ٨٣، الخلاف٢ : ١٠١ كتاب الغصب مسألة ٢١ .

(٢) التذكرة٢ : ٣٨٧ .

(٣) الدروس : ٣٠٩ .

(٤) التذكرة٢ : ٣٨٨ .

فإن أوجبناه فصار خلاً في يد المالك ففي وجوب رد المثل اشكال ، فإن صار خلاً في يد الغاصب رده مع أرش النقصان إن قصرت قيمة الخل

ولو غصب خمراً فتخللت في يده حكم بها للغاصب ، ويحتمل المالك ،

أي : في وجوب دفع خمر العصير ، ومنشأ الاشكال : من خروجه عن الملك ، فإن المسلم لا يملك الخمر ، ومن بقاء الأولوية؛ لإمكان ارادة التخليل ، وفي وجوب الدفع قوة ، إلا أن يعلم من حال من غصب انه يتخذه للشرب؛ لأنه حينئذ يعاون على الاثم والعدوان ، ولانتفاء الاولوية حينئذ .

قوله : (فإن اوجبناه فصار خلاً في يد المالك ففي وجوب رد المثل اشكال) .

ينشأ : من أنه أخذ للحيلولة بينه وبين ملكه ، وقد زالت بعود ملكه اليه فيجب الرد ، ومن حيث أن هذا ملك متجدد؛ لأن العصير لما صار خمراً صار تالفاً فوجب بدله ، والظاهر الأول؛ لأن الأجزاء هي عين ماله ، والمانع من ملكيتها هي الخمرية وقد زالت فيكون الملك بعينه قد عاد وإن حدث له صورة أُخرى ، نعم لو نقص وجب الأرش .

فإن قلت : فعلى هذا لو تخللت الخمر الغير المحرمة في يد منتزعها وجب ردها؛ لأنها عين ملك المالك وقد زال المانع من الملكية .

قلنا : الفرق انقطاع الأولوية هنا المقتضية لانقطاع السلطنة أصلاً بخلاف الأول ، وبالجملة فالمسألة لا تخلو من شيء .

قوله : (ولو غصب خمراً فتخللت في يده حكم بها للغاصب ، ويحتمل المالك) .

وجه الأول : خروجها عن ملك المغصوب منه وسلطنته ، وقد حدثت

والبذر والبيض اذا زرع أو فرّخ فهو للمالك .

ملكيتها[١] في يد الغاصب فتكون له ، وهذا إنما يتم اذا لم تكن محترمة .

ووجه الثاني : أن يد الغاصب يد عدوان ، وهذه هي عين ملك المالك فتكون له .

والتحقيق : أنها إن كانت محترمة كالتي للتخليل ، وخمر الذمي المستتر (به)[٢] يتصور فيها الغصب ويجب الرد ، وسلطنة المغصوب منه ثابتة عليها فيكون الملك فيها بعد العود خلاً للمالك الأول ، وإن كانت غير محترمة لم يتصور فيها الغصب ، ولا بقاء السلطنة ، ولا وجوب الرد فالملك المتجدد فيها للآخذ .

فرع :

قال في التذكرة : لو غصب عصيراً فأغلاه حرم عندنا ، وصار نجساً لا يحل ولا يطهر إلا اذا ذهب ثلثاه بالغليان فلو رده الغاصب قبل ذهاب ثلثيه وجب عليه غرامة الثلثين . والوجه أيضاً انه يضمن غرامة الخسارة على العمل فيه الى أن يذهب كمال الثلثين[٣] ، هذا كلامه . وفي الفرق بينه وبين العصير لو غصبه فصار خمراً ، أو صيّره خمراً نظر .

قوله : (والبذر والبيض اذا زرع أو فرخ فهو للمالك) .

هذا مذهب الأكثر؛ لأنه عين مال المالك حدث فيها اختلاف الصورة ، وقال الشيخ : إنها للغاصب؛ لأن ذلك تلف للمال فيجب به بدله ، ولأن هذا نماء بفعل الغاصب[٤] . وليس بشيء؛ لمنع التلف ، ونماء الملك للمالك ولو كان بفعل الغاصب .

---

(١) في «ق»: ملكيتها للغاصب.

(٢) لم ترد في «م».

(٣) التذكرة ٢ : ٣٨٧.

(٤) المبسوط٣ : ١٠٥.

الفصل الثاني: في الزيادة : لو غصب حنطة فطحنها ، أو ثوباً فقصره أو خاطه لم يملك العين ، بل يردها مع الزيادة وأرش النقص إن نقصت القيمة بذلك ، ولا شيء له عن الزيادة .

ولو صاغ النقرة حلياً ردها كذلك ، فلو كسر ضمن الصنعة وإن كانت من جهته ،

فرع :

لا يتصور الغصب في الوقوف العامة بمنع بعض المستحقين وإن أثم ، نعم لو سبق له يد فمنعه مانع بغير حق امكن تصور الغصب هنا ، وفي الدروس ما قد يشعر اطلاقه بالمخالفة [1] ، وكذا في غصب الوثيقة في الدروس [2] كلام ليس بذلك الجيد .

قوله : (لو غصب حنطة فطحنها ، أو ثوباً فقصره أو خاطه لم يملك العين بل يردها مع الزيادة . . .) .

هذا اذا كانت الخيوط للمالك ، أما اذا كانت للغاصب فهي كالصبغ .

قوله : (ولو صاغ النقرة حليّاً ردها كذلك) .

لأن الصنعة صفة حدثت في ملك المالك بسبب الغاصب فتكون للمالك تبعاً وليست عيناً ليخيل كونها مال للغاصب ، وكذا لو علّف الدابة فسمنت؛ لأن السمن من الله تعالى وليس هو عين العلف .

قوله : (فلو كسر ضمن الصنعة وإن كانت من جهته) .

لما قلناه من أن الصنعة ملك للمغصوب منه ، ولا يقدح في ذلك كونها بسبب الغاصب ومن جهته .

---

(١) الدروس: ٣٠٧.
(٢) المصدر السابق.

وللمالك اجباره على ردها نقرة ، ولا يضمن أرش الصنعة ويضمن ما نقص من قيمه اصل النقرة بالكسر .

قوله : (وللمالك اجباره على ردها نقرة ولا يضمن أرش الصنعة) .

أما الأول فلوجوب ردها كما أخذها ، وأما الثاني فلأن بقاء الصنعة مع الرد نقرة غير ممكن فيكون الأمر بردها كذلك اذا نافى اذهاب الصنعة .

قوله : (ويضمن ما نقص من قيمة أصل النقرة بالكسر) .

لأن ذلك بفعله وليس من لوازم الكسر النقصان ، بخلاف الصنعة اذا أُريد ردها نقرة ، ولو سُلّم كون النقصان من لوازم الكسر لم يسقط عنه ضمان ما نقص بالأمر به؛ لأن الصياغة جناية من الغاصب ، إذ هو تصرف في مال المالك بغير اذنه عدواناً ، والنقص بالكسر مسبب عنها فتكون مضمونة عليه .

وأمر المالك بإعادة العين كما كانت لا يوجب سقوط الضمان؛ لبقاء الغصب الى حصول التسليم التام ، حتى لو تلفت العين في حال ردها الى البلد وقد أمره المالك بذلك بضمنها ، بخلاف الصنعة التي لم تكن العين عليها في وقت الغصب ولم يستقر للمالك في ذمة الغاصب ، فعلى هذا لو علّفه الغاصب بعد نقله الى موضع بعيد فسمن ، ثم أمره المالك برده على الفور على وجه يستلزم هزاله لموالاة السير لا يضمن السمن الناقص .

ويشكل بأنه لو كان سميناً عند المالك ، فغصبه ونقله على وجه لا عنف فيه فبقي سمنه ، ثم اجبره المالك على رده على الفور فزال سمنه لم يضمنه وهو ينافي تضمين النقصان بالأمر بكسر الحلي المصوغ .

وفي الفرق نظر فينبغي تأمله ، يختلج بالخاطر فرق بتأمل بعد ذلك ، وهو أن طلب المالك رد الحلي نقرة يقتضي عدم قبول الصنعة ، بخلاف رد السمين اذا استلزم رده الهزال ، وبخلاف نقصان العين بالكسر فانه لا يقتضي ذلك ، ولا منافاة بين ملكية السمن والرضى بها وطلب الرد على الفور وإن علم بهزاله به ،

ولو صبغه بما يساوي قيمته تشاركا فالفاضل بينهما بالسوية والناقص من الصبغ ، فلو نقص المجموع عن قيمة الثوب رده مصبوغاً مع أرش النقص ، وكذا تثبت الشركة لو أطارت الريح الثوب الى اجانة صبّاغ ، أو غصب الصبغ من آخر .

للاعتماد على كون ما ينقص من العين مضموناً عليه .

ويمكن أن يفرّق بوجه آخر ، وهو أن الأمر برد النقرة حلياً يدل على عدم قبول الصنعة : والترخيص في اتلافها ، بخلاف ما ينقص بالكسر؛ لأن الأمر بالكسر لا يقتضي عدم قبول الناقص من الفضة ، وإن كان لازماً عنه لا محالة فهو محسوب من جملة المؤونة الواجبة على الغاصب ، فإنه لو أمره المالك برد الدابة الى بلد الغصب[1] وكان ذلك مستلزماً للهزال لا يكون إلا على عدم ارادة المالك السمن والترخيص في اتلافه ، فيكون من قبيل المقدمة كالعلف والسقي .

نعم يشبه الأول ما لو سمّن الغاصب المضمرة فلم يرض المالك بذلك ، فأمره بالتضمير فإنه لا يبعد أن يقال : لا يلزمه عوض السمن الفائت .

قوله : (فالفاضل بينهما بالسوية والناقص من الصبغ) .

أي : إن زاد زيادة في الثمن على أصل القيمة فهي بينهما سواء؛ لاستوائهما في الشركة ، وإن نقص فالنقصان محسوب من الصبغ؛ لأنه إن كان منه فلا بحث ، وإن كان من الثوب فضمانه عليه .

قوله : (وكذا تثبت الشركة لو اطارت الريح الثوب الى إجانة صباغ ، أو غصب الصبغ من آخر) .

لتحقق اخلاط المالين ، ولا يحسب النقص من الصبغ في هذين الموضعين إذ لا عدوان من مالكه ، لكن في الثانية يضمن نقص كل من الثوب

---

(١) في «م» الغاصب.

ولو قبل الصبغ الزوال أُجبر الغاصب على فصله ، وإن استضر بعدم الصبغ أو نقص قيمته .

ولو طلب الغاصب الإزالة أُجيب اليها ، سواء هلك الصبغ بالقلع على اشكال أو لا ، فإن تعيّب الثوب ضمن أرشه .

والصبغ الغاصب .

قوله : (ولو قَبِل الصبغ الزوال أُجبر الغاصب على فصله وإن استضر بعدم الصبغ أو نقص قيمته) .

لوجوب رد العين كما أخذها ، إلا أن يرضى المالك ببقاء الصبغ فلا اجبار ولا عبرة بتضرره بتلف الصبغ او نقص قيمته لان ذلك مستند الى عدوانه .

قوله : (ولو طلب الغاصب الازالة أُجيب اليها ، سواء هلك الصبغ بالقلع على اشكال أو لا ، فإن تعيّب الثوب ضمن أرشه) .

قال الشارح الفاضل : لا خلاف في منع الغاصب من الازالة لو نقص الثوب بها ، ولا في اجابته مع عدم هلاك الصبغ ، وعدم نقص الثوب اصلا[١] ، والذي في عبارة الكتاب باطلاقه ينافي ما ذكره الشارح .

والذي يلوح من عبارة التذكرة خلاف هذا ، لأنه ذكر فيها[٢] ـ اذا أراد الغاصب فصل الصبغ وكان الثوب بحيث ينقص بذلك ـ خلافاً للعامة[٣] ، ولم يصرح هو بشيء[٤] ، وذلك يؤذن بتردده ، ولو كان الحكم اجماعياً كما ذكره الشارح لم يكن للتردد فيه مجال .

---

(١) ايضاح الفوائد٢ : ١٨٧ .

(٢) في «م» : فانه ذكر فيما .

(٣) بداية المجتهد٢ : ٣١٩ .

(٤) التذكرة٢ : ٣٩٤ .

وشيخنا في الدروس حكى عن المصنف ، وابن الجنيد عدم وجوب اجابة الغاصب لو طلب القلع؛ معللاً بالاستهلاك واستلزام التصرف في مال الغير[١] ، وما نقله عن المصنف اختاره في المختلف[٢] ، وفيه منافاة للاجماع الذي ادعاه الشارح في قوله : ولا في اجابته مع عدم هلاك الصبغ .

في المختلف : ومن العجب ايجاب التمكين على المالك من أخذ الصبغ وإن تعيّب ثوبه ، وعدم قبول عوض الصبغ منه ، واجبار الغارس المستعير للأرض على أخذ قيمة الغرس من المالك اذا دفعها[٣] ، وهذا صريح في بطلان دعوى الشارح الاجماع[٤] .

والحق أن وجوب اجابة الغاصب الى قلع الصبغ في حال من الأحوال لا يخلو من اشكال؛ لاستلزامه التصرف في مال الغير بغير حق مسببا عن التصرف عدواناً . لكن قد يقال : لولا هذا لزم عدوان آخر ، وهو التصرف في مال الغير بغير حق ، فإنه لا سبيل الى تملكه بعوض وبغير عوض قهراً وإن كان تملكه بعوض محتملا اذا رضي المالك ، ولا الى الزام المالك ببيع الثوب ، وبيع الصبغ وحده مع الحكم المذكور لا فائدة فيه فربما لم يرغب فيه راغب ، وبقاء الثوب في يد المالك ممنوعاً من التصرف فيه موجب لزيادة الضرر ، فلم يبق إلا الاجابة الى القلع ، فحينئذ يرجّح هذا بانحصار وصول الحق الى مستحقه فيه إذ من ظلم لا يحل أن يظلم .

فعلى هذا لا فرق بين استهلاك القلع إياه وعدمه ، إذ : « لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس منه »[٥] واحتمال المنع لاستلزامه اضاعة المال

---

(١) الدروس: ٣٠٩ .

(٢) المختلف: ٤٥٥ .

(٣) المختلف: ٤٥٥ .

(٤) ايضاح الفوائد ٢ : ١٨٧ .

(٥) عوالي اللآلي٣: ٤٧٣ حديث٣، سنن الدارقطني٣: ٢٦ حديث٩١ .

ولو طلب أحدهما ما لصاحبه بالقيمة لم يجب القبول ،

المنهي عنها ضعيف ، إذ المنهي عنه الاتلاف الذي لا يتعلق به غرض للعقلاء ، أما اذا تعلق به غرض صحيح فلا . وهذا متين جداً ، ومنه يظهر قوة استحقاق الغاصب القلع وإن نقص الثوب إذ لا طريق الى التخلص سواه ، والنقص منجبر بوجوب الأرش ، فكلام الشارح يحتاج الى تأمل ، واطلاق عبارة الشرائع[١] يشهد لما قلناه ومثله ما لو بنى الغاصب أو غرس ثم أراد أخذ عين ماله .

قوله : (ولو طلب أحدهما ما لصاحبه بالقيمة لم يجب القبول) .

أي : كل منهما ، إذ « لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس »[٢] ، ولعموم (الا أن تكون تجارة عن تراض)[٣] وهذا هو المشهور ، وقال المصنف في المختلف ، وابن الجنيد : انه اذا لم يرض بالقلع ودفع قيمة الصبغ وجب على الغاصب القبول[٤] ، وهذا مناسب لمؤاخذة الغاصب بأشق الأحوال ، إلا أنه لا دليل على تملك ماله بغير رضى منه .

وتخيّل أن فيه جمعاً بين الحقين مدفوع بأن حق الغاصب في عين الصبغ لا في قيمته ، ولا انكر رجحان هذا القول ، فإن اثبات سلطنة التصرف في مال المغصوب منه للغاصب لأجل تصرف سابق وقع عدواناً فيه كمال الضرر على المالك ، والأول أرجح ؛ لأنه لولا ذلك لكان متاع الغاصب اذا وضعه في البيت المغصوب لا يستحق أخذه بغير رضى[٥] المالك .

والعجب أن الشيخ جوّز في المعير تملك غرس المستعير قهراً ومنعه في

---

(١) شرائع الاسلام ٣: ٢٤٤ .

(٢) عوالي اللآلي ٣: ٤٧٣ حديث٣، سنن الدارقطني٣: ٢٦ حديث٩١.

(٣) سورة النساء: الآية ٢٩ .

(٤) المختلف: ٤٥٥ .

(٥) في «ق»: اخبار.

وكذا لو وهبه إياه ، ولصاحب الثوب الامتناع من البيع لو طلبه الغاصب دون العكس .

الغاصب[١] .

قوله : (وكذا لو وهبه إياه) .

أي : وهب أحدهما ما لصاحبه[٢]؛ لأصالة البراءة ، ولما فيه من مظنة كونه نقصاناً ، ولا احسب فيه خلافاً ، وليس كبذل القيمة؛ لأن فيه جمعاً بين الحقين .

قوله : (دون العكس) .

أي : ليس للغاصب الامتناع من البيع لو طلبه المالك؛ لأن بيع الثوب وحده مظنة قلة الراغب فيه لعيب الشركة فيفضي الى عسر البيع وقلة القيمة ، وحيث كان الغاصب متعدياً لم يكن له الاضرار بالمالك ، لكن هذا على القول ـ بعدم تملك ماله بالقيمة اذا لم يرض ـ لا يكاد يتجه لاستلزامه نقل الملك مع عدم الرضى .

فإن قيل : فيه جمع بين الحقين ، ودفع للضرر عن المالك .

قلنا : ففي الأول نقول هكذا .

فإن قيل : الضرر هنا اقل إذ تعيّن اخراج الملك عنه لمالك معيّن ضرر .

قلنا : هو مقابل بضرر المالك ، فإن منعه من التصرف في ملكه الى أن يرضى الغاصب في أمر تعدّي عليه به ضرر عظيم ، وبالجملة فقول المختلف لا يخلو من وجه .

---

(١) المبسوط٣: ٥٤ حديث ٧٧.

(٢) في نسختي «ق» و«م»: كل أحدهما ما لصاحبه، وما أثبتناه هو المناسب.

ولو كانت قيمة كل منهما خمسة ، وساوى المصبوغ عشرة ، إلاّ أن قيمة الثوب ارتفعت للسوق الى سبعة ، وانحطت قيمة الصبغ الى ثلاثة فللمالك سبعة .

ولو ساوى اثني عشر فللمالك نصفها وخمسها ، وللغاصب خمسها وعشرها ، وبالعكس إذ النقص السوقي غير مضمون .

قوله : (ولو كانت قيمة كل منهما خمسة وساوى المصبوغ عشرة ، إلا إن قيمة الثوب ارتفعت للسوق الى سبعة ، وانحطت قيمة الصبغ الى ثلاثة فللمالك سبعة) .

هذا اذا بيعا معاً .

قوله : (ولو ساوى اثني عشر فللمالك نصفها وخمسها ، وللغاصب خمسها وعشرها) .

أي : لو ساوى اثني عشر ، والحال أن قيمة الثوب سبعة والصبغ ثلاثة فإنّا نقسّطها باعتبار استحقاق كل منهما من عشرة ، وقد كان للمالك منها نصف وخُمس وهو سبعة ، وللغاصب خُمس وعُشر وهو ثلاثة .

لكن يشكل على عبارته قوله أولاً : أن كل واحد من الثوب والصبغ يساوي خمسة ، فإنه لو تغيرّ السوق لا أثر له ، بل يتعلق الحكم بما صار اليه .
ويجاب بأن المراد : أن كلاً منهما يساوي بعد الخمسة ما ذكره ، فالثوب سبعة والصبغ ثلاثة ، ثم بيع المجموع بزيادة عن القيمة .

قوله : (وبالعكس اذ النقص السوقي غير مضمون) .

أي : لو كان كل واحد منهما يساوي خمسة ، ثم انخفض الثوب وارتفع الصبغ ينعكس الحكم المذكور؛ لأن نقص السوق غير مضمون اذا لم يستند الى نقص في العين أوصفاتها .

ولو مزج الزيت بزيته المساوي أو الأجود تشاركا ، وبالأردأ يتخير المالك بالمثل ، والعين مع الارش .

وفي حواشي شيخنا الشهيد : كان يكفي لو أراد الاختصار ، ولو زاد أحدهما للسوق فعلى النسبة ، لكن لابد أن يزيد أو ينقص لينطبق على المسائل كلها .

قوله : (ولو مزج الزيت بزيته المساوي أو الأجود تشاركا) .

هذا هو الأصح ؛ لأن الزيادة الحاصلة زيادة صفة حصلت بفعل الغاصب عدواناً ، فلا يسقط حق المالك من العين بسببها ، كما لو صاغ النقرة ، وعلف الدابة فسمنت . وقال الشيخ[1] ، وابن ادريس بسقوط حقه من العين ، لاستهلاك ماله فيتخير الغاصب بين الدفع من العين ؛ لأنه تطوع بالزائد ، وبين دفع المثل[2] ، والأول هو الأصح .

ولو ثبت ما قاله من الاستهلاك لورد مثله في المزج بالمساوي ، فإن عين المال مستهلكة لا يمكن فصلها .

فإن قيل : يمكن فصل البعض فلا يسقط حقه منه .

قلنا : فكذا هنا .

فإن قيل : هنا زيادة .

قلنا : هي زيادة صفة لا زيادة عين ، فلا تقدح في بقاء الحق .

قوله : (وبالأردأ يتخير المالك في المثل والعين مع الأرش) .

وجهه : أن حقه من العين لا يسقط بالكلية بفعل الغاصب مع امكان التوصل الى البعض ، والنقص في الخليط يجب عليه جبره بالأرش ؛ لأنه مقدمة

---

(١) المبسوط٣: ٧٩.
(٢) السرائر: ٢٧٦ .

ولو مزجه بالشيرج فهو اتلاف فعليه المثل .

ومزج الحنطة بالشعير ليس بإتلاف ، بل يلزم بالفصل بالالتقاط وإن شق .

ولو استدخل الخشبة المغصوبة في بنائه أُلزم بالعين وإن أدى الى الهدم .

ولو رقّع باللوح المغصوب سفينته وجب قلعه إن كانت على الساحل ، أو كان اللوح في أعلاها بحيث لا تغرق بقلعه . ولو كانت في اللجة وخيف الغرق بقلعه فالأقرب الرجوع الى القيمة الى أن تخرج الى

الواجب ، وله المطالبة بالمثل ؛ لأنه في حكم استهلاك عين ماله ، لاختلاط كل جزء من مال المالك بجزء من مال الغاصب ، وهو أدون من الحق فلا يجب قبوله فينتقل الى المثل في الجميع .

قوله : (ولو مزجه بالشيرج فهو اتلاف فعليه المثل) .

أي : لو مزجه بغير الجنس فهو تالف ؛ لبطلان فائدته وخاصيته ، واحتمل في التذكرة قوياً ثبوت الشركة ، كما لو مزجاه بالرضى أو امتزجا بانفسهما[1] .

ويشكل : بأنّا على هذا التقدير إن خيّرنا المالك بين أخذه مع أرش النقص إن كان ، وبين المثل فقد اثبتنا له أخذ غير[2] الجنس في المثلي وهو مناف لثبوت المثل في المثلي ، وإن خيرنا الغاصب فقد حتمنا على المالك أخذ غير[3] المثل ، ويعارض هذا بأن اسقاط حقه من العين مع وجودها أيضاً مشكل .

قوله : (ولو كانت في اللجّة وخيف الغرق بقلعه فالأقرب الرجوع الى القيمة الى أن تخرج الى الساحل إن كان في السفينة حيوان له حرمة ،

(١) التذكرة ٢ : ٣٩٥ .

(٢ ، ٣) في «ق» : عين .

الساحل إن كان في السفينة حيوان له حرمة ، أو مال لغير الغاصب ، ولو كان له فالأقرب العين .

ولو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة وجب نزعها مع الإمكان ، ولو خيف تلفها لضعفها فالقيمة .

أو مال لغير الغاصب) .

ظاهر العبارة أن الحيوان الذي له حرمة يرجع معه الى القيمة وإن كان للغاصب ، وقد نبه عليه في التذكرة[١] . ووجه القرب : احترام الحيوان ومال الغير فيجمع بين الحقين بدفع القيمة .

والمراد بالحيوان المحترم : ما لا يجوز اتلافه مطلقاً أو بغير الذبح . ويحتمل ضعيفاً أخذ العين؛ لأنها وضعت بغير حق فيثبت جواز انتزاعها . وينبغي أن يقال : اذا كان المال لعالم بالغصب ووضعه بعد علمه فهو كمال الغاصب نبه عليه في التذكرة[٢] .

قوله : (ولو كان له فالأقرب العين) .

لأنه عادٍ بفعله ومقدم على ذهاب ماله ، ولأن دفع المغصوب الى المالك واجب على الفور ولا يتم إلا بهذا ، ولأن عدوان الغاصب لا يناسبه التخفيف . ويحتمل ضعيفاً العدم؛ لإمكان الوصول الى الحق[٣] بغير ضرر وله أمد ينتظر بخلاف البناء ، وبدفع القيمة الآن للحيلولة يحصل الجمع بين الحقين .

قوله : (ولو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة وجب نزعها مع الامكان، ولو خيف تلفها لضعفها فالقيمة) .

ولو طلب المالك نزعها وإن افضى الى التلف وجب ثم يضمن الغاصب

(١) التذكرة٢ : ٣٩٦.

(٢) المصدر السابق.

(٣) في «ق»: وصول الحق.

وكذا تجب القيمة لو خاط بها جرح حيوان له حرمة ، إلاّ مع أمن التلف والشين ، ولو مات المجروح أو ارتد ففي النزع اشكال من حيث المثلة .

النقص ، ولو لم يبق لها قيمة غرّم جميع القيمة ، ولا يوجب ذلك خروجها عن ملك المالك ، كما سبق من أن جناية الغاصب توجب اكثر الأمرين ، ولو استوعبت القيمة أخذها ولم يدفع العين .

قوله : (وكذا تجب القيمة لو خاط بها جرح حيوان له حرمة ، إلا مع أمن التلف والشين) .

لا فرق بين أن يكون هذا الحيوان للغاصب أو لغيره ، أو يكون هو نفس الغاصب بحفظ النفس عن التلف ، ولو كان الحيوان مأكول اللحم وهو للغاصب فهل يؤمر بذبحه؟ وجهان : نعم؛ لأن بذلك يصل الحق الى مستحقه ، ولا؛ لحرمة الحيوان ، ولهذا يؤمر مالكه بالانفاق عليه ويمنع من اتلافه ، وكل محتمل .

ثم إن خاط به جرح نفسه فالضمان عليه ، وإن كان جرح غيره فإن كان غير عالم بالغصب ولا اذن فالضمان على الغاصب ، وإن أذن فكما لو أطعم المالك طعام نفسه جاهلاً ، وإن كان عالما وأذن فقرار الضمان عليه ، كذا قال في التذكرة[1] وفي الحكمين الأخيرين نظر؛ لأن المباشر للاتلاف هو الغاصب وبالاذن لا يصير مباشراً .

واعلم انه اذا أمن التلف والمرض والشين المجوّز للتيمم ، وكذا كل محذور يجوز معه العدول الى التيمم من الوضوء وجب النزع وإلا فلا ، صرح به في التذكرة .

قوله : (ولو مات المجروح أو ارتد فاشكال من حيث المثلة) .

---

(١) التذكرة٢ : ٣٩٦ .

ولو أدخل فصيلاً في بيته ، أو ديناراً في محبرته وعسر اخراجه كُسر عليه وإن نقصت قيمته عنها ، ولو لم يكن بفعله غرم صاحب الفصيل والدينار الأرش ، سواء كان بفعله أو لا . ولو نقصت قيمة الدينار عن قيمة المحبرة وأمكن اخراجه بكسره كسر .

المنهي عنها ، ومن وجوب رد الملك الى مالكه ، وإنّا في هذا من المتوقفين .

قوله : (ولو ادخل فصيلاً في بيته ، أو ديناراً في محبرته وعسر اخراجه كُسر عليه وإن نقصت قيمته عنها) .

أي : كسر كل من الباب والمحبرة وإن لم يكن المرجع بيناً؛ لأنه عادٍ بفعله هذا ، سواء كان الفصيل والدينار انقص قيمة مما يكسر أم لا .

قوله : (ولو لم يكن بفعله غرم صاحب الفصيل والدينار الأرش ، سواء كان بفعله أو لا) .

اي : ولو لم يكن ذلك بفعل صاحب البيت والمحبرة غرم صاحب الفصيل والدينار أرش الكسر؛ لأنه لتخليص ماله ، سواء كان ذلك بفعله أو بفعل غيره ، لكن لا بد أن لا يكون غاصباً للدينار والفصيل ، فإن الغاصب يجب عليه ايصال الملك الى مالكه وجميع مؤن ذلك .

قوله : (ولو نقصت قيمة الدينار عن قيمة المحبرة وأمكن اخراجه بكسره هو كسر) .

لوجوب ارتكاب أخف الضررين عند التعارض ، وهذا اذا لم تكن محبرة الغاصب ، ولا يبعد أن يقال : إن الدينار يقبل العلاج والاصلاح بسرعة وسهولة ، إذ ليس إلا تجديد السكة بخلاف المحبرة ، فيكسر الدينار زادت قيمته أو نقصت ، نعم لو زاد نقصه على قيمة نقصان المحبرة اتجه كسرها وضمان الأرش .

ولو أدخلت دابة رأسها في قدر واحتيج الى الكسر ، فإن كانت يد مالك الدابة عليها أو فرط في حفظها ضمن ، وإن لم تكن يده عليها : فإن فرط صاحب القدر بأن جعلها في الطريق مثلاً كسرت ولا شيء له ، ولو انتفى التفريط عنهما كسرت وضمن صاحب الدابة ؛ لأن ذلك لمصلحته .

فرع :

قال في التذكرة : فيما لو غصب شخص ديناراً فوقع في محبرة الغير بفعل الغاصب أو بغير فعله كسره لرده ، وعلى الغاصب ضمان المحبرة؛ لأنه السبب في ضمان المحبرة ، وإن كان كسرها اكثر ضرراً من قيمة الواقع فيها ضمنه الغاصب ولم تكسر[1] .

قوله : (ولو ادخلت دابة رأسها في قدر واحتيج الى الكسر فإن كانت يد مالك الدابة عليها أو فرط في حفظها ضمن) .

لأن فعلها منسوب اليه في الحالتين ، فيكسر القدر صوناً للحيوان ، ويضمن القيمة إن لم يكن لمكسور القدر قيمة ، وإلا فالأرش .

قوله : (وإن لم تكن يده عليها ، فإن فرّط صاحب القدر بأن جعلها في الطريق مثلاً كسرت ولا شيء له) .

لاستناد ذلك الى تقصيره ، فلا يستحق بسببه شيئاً .

قوله : (ولو انتفى التفريط عنهما كُسرت وضمن صاحب الدابة؛ لأن ذلك لمصلحته) .

إنما يكسر القدر لصيانة ذي النفس عن الاتلاف ، وإنما يضمن صاحب الدابة؛ (لأن ذلك)[2] لمحض مصلحته ، إذ تخليص الدابة لا يكون إلا بالكسر .

---

(١) التذكرة٢ : ٣٩١ .

(٢) لم ترد في «ق» .

ولو نقصت قيمته لعيب ثم زال العيب في يد الغاصب فلا ضمان مع بقاء القيمة .

فإن قيل : تخليص ما يبقى من القدر بعد الكسر أيضاً يحصل بذلك فيكون الأرش عليهما . نعم لو لم يبق لمكسور القدر قيمة كان الاتلاف لمحض تخليص الدابة ، ومثله اخراج الفصيل من البيت؛ لأنه تعطيل بعض جوانبه بكونه فيه .

قلنا : ذلك غير مقصود بل هو حاصل بالتبع ، وإنما المقصود بالقصد الأول خلاص الحيوان ، وفيه ما فيه .

ولو فرّطا معاً كُسرت القدر أيضاً وضمن صاحب الدابة ، لأنه لمصلحته كما لو لم يفرطا ، ذكره في التذكرة[1] . وهذه كلها مذكورة استطراداً ، فإن ذلك لو كان مع الغصب لكان الضمان على الغاصب .

فرع :

قال في التحرير في مسألة ما اذا ابتلع حيوان جوهراً ، ومسألة الفصيل وما معه : انه لو قال مَن عليه الضمان : أنا اتلف مالي ولا اغرم شيئاً فله ذلك[2] . وفيه نظر؛ لأنه اذا وجب عليه تخليص مال الغير في صورة التفريط كيف يستقيم ذلك .

قوله : (ولو نقصت قيمته بعيب ، ثم زال العيب في يد الغاصب فلا ضمان مع بقاء القيمة) .

أي : بعد الزوال ، ويجيء هنا الاشكال السابق ، من أن الزائل لا ينجبر بالعائد لكونهما مالين للمالك ، ولأن العيب موجب للأرش فأي دليل يدل على سقوطه .

---

(١) التذكرة٢ : ٣٩١ .

(٢) تحرير الاحكام٢ : ١٤٤ .

الفصل الثالث : في تصرفات الغاصب : ويحرم عليه كل تصرف سوى الرد ، فلو وطأ الجارية جاهلين بالتحريم فعليه مهر أمثالها أو عشر قيمتها مع البكارة ، ونصفه مع الثيوبة على الخلاف .

قوله : (ويحرم عليه كل تصرف سوى الرد) .

مع أنه في حال الرد لا يخرج عن الغصب وعن حكم الضمان ، لكن امتنع التحريم لكون الرد واجباً .

قوله : (فلو وطأ الجارية جاهلين بالتحريم فعليه مهر امثالها ، أو عشر قيمتها مع البكارة ، ونصفه مع الثيبوبة على الخلاف) .

اذا وطأ الغاصب الجارية المغصوبة : فأما أن يكونا جاهلين بالتحريم كما لو كانا قريبي عهد بالاسلام ، أو عالمين ، أو الواطيء عالماً دونها ، أو بالعكس ، ثم مع العلم إما أن يطأها مختارة ، أو مكرهة . ومع الجهل : إما أن يطأ بغير عقد ، أو مع العقد ، فهذه صور :

أ : اذا وطأها جاهلين بالتحريم وجب مهر المثل؛ لأنه عوض منفعة البضع ، وبه قال الشيخ[1] ، وابن ادريس[2] ، وقال بعض الاصحاب : إنه يجب العشر إن كانت بكراً ونصفه إن كانت ثيبا[3]؛ للرواية[4] . وردّ بأن ذلك ورد في من اشترى جارية ووطأها وكانت حاملاً ، واراد ردها فإنه يرد نصف عشر قيمتها فلا يقاس عليه .

وإن كانت بكراً قال في المبسوط : عليه أرش البكارة ، وقيل انه عشر قيمتها ، قال : ورواه اصحابنا[5] ، وهذان القولان هما اللذان ارادهما المصنف

---

(١) المبسوط ٣ : ٦٦ .

(٢) السرائر : ٢٧٨ .

(٣) نقل القول في السرائر : ٢٧٨ .

(٤) التهذيب ٧ : ٦١ ـ ٦٣ حديث ٢٦٦ ـ ٢٧٢ .

(٥) المبسوط ٣ : ٦٦ .

. . . .

بقوله : (على الخلاف) .

ثم إن الجارية لو كانت بكراً وافتضها بالوطء فهل يدخل أرش الجناية بإزالة البكارة في مهر المثل على القول به بأن يوجب مهر امثالها بكراً وفي العشر على القول الآخر أم لا؟ فيه قولان :

أحدهما : يدخل واختاره المصنف في التحرير[1] ، وشيخنا الشهيد في الدروس[2] ؛ لأن البكارة ملحوظة على تقدير وجوب المهر أو العشر .

والثاني : لا ، واختاره المصنف في التذكرة[3] ، وهو أقوى؛ لأن الوطء استيفاء لمنفعة البضع ، وإزالة البكارة جناية فلا يدخل حكم أحدهما في الأخرى ، ولو لحظنا في مهر المثل كونها بكراً فكذلك؛ لأن وطء البكر خلاف وطء الثيب ، ففي الحقيقة ذلك ملحوظ باعتبار الوطء لا باعتبار الجناية .

فعلى هذا يجب للبكارة شيء زائد ، فهو إما العشر كما هو مختار المصنف في كتاب الحدود ـ والشيخ يقول أنه مروي[4] ـ فيجب عشران[5] ، أو الأرش ـ اعني : نقصان القيمة ـ كما هو مختار ابن ادريس[6] ، نظراً الى نقص المالية وعلى ما سبق من أن الواجب على الغاصب في الجناية التي لها مقدّر اكثر الأمرين يجب هنا الأكثر من العشر والأرش ، فتكون الاحتمالات ثلاثة .

اذا عرفت هذا فقول المصنف : (ويحتمل مع البكارة الاكثر من الأرش والعشر) الظاهر أنه جار على عدم دخول أرش البكارة في الواجب بالوطء من

---

(١) تحرير الأحكام ٢ : ١٤٢ .

(٢) الدروس: ٣١٠ .

(٣) التذكرة٢ : ٣٩٦ .

(٤) المبسوط٣ : ٦٦ .

(٥) العبارة في نسخة «ق» مشوشة، ووردت هكذا: والشيخ لا يقول الشيخ . انه مروي فيجب عشر وان زاد.

(٦) السرائر: ٢٧٨ .

ويحتمل مع البكارة الأكثر من الأرش والعشر ، ومع العقد جاهلين الأكثر من الأرش والعشر ومهر المثل .

مهر المثل ، أو العشر وهو الاحتمال الثالث فيما يجب لزوال البكارة على الغاصب .

وتخيل أنه احتمال برأسه معادل للقولين السابقين وهم : أما أولاً ؛ فلأن الناس بين قائلَين : قائل بدخول أرش البكارة في الواجب بالوطء ؛ وقائل بعدمه ، وعلى هذا الخيال لا يستقيم على واحد من القولين .

أما على الدخول ؛ فلانه على هذا التقدير لا ينظر الى غير ما وجب بوطء البكر من دون التفات الى ارش البكارة ، وأما على العدم فلا بد من وجوب الارش مع الواجب بالوطء استقلالاً ، فلا معنى لوجوب الاكثر فقط حينئذ .

وأما ثانيا ؛ فلأن اللازم على هذا التقدير وجوب الاكثر من الأرش والعشر أو مهر المثل ، لا الأكثر من الأرش والعشر ؛ لأن هذا إنما يكون بناء على وجوب العشر بالوطء وفرض كون الأرش ازيد ، فيبقى ما اذا اوجبنا مهر المثل ، وفرض كون الأرش ازيد لا تفي العبارة به مع ما عرفت من أنه لا قائل بذلك .

وأما ثالثاً ؛ فلأن الأرش إنما يؤخذ عن الجناية فيبقى الوطء بغير عوض ، وكلام الشارح الفاضل[1] لا يكاد يتحصل منه ما يُعوّل عليه ، وكلام الشارح الآخر قاصر ، ولا يخفى أن وجوب اكثر الأمرين اقوى ؛ بناء على ما قدّمناه في أول الباب .

قوله : (ومع العقد جاهلين الاكثر من الأرش والعشر ومهر المثل)

من الصوَر السابقة ذكرها : أن يعقد الغاصب على الجارية المغصوبة ، معتقداً كل منهما صحة النكاح فيطأها ، فالواجب بالوطء هو مهر المثل ليس إلا ؛ لأنه دخل على لزوم المسمّى بالوطء وقد فات لفساد العقد فيجب مهر

---

(١) ايضاح الفوائد٢ : ١٨٨ .

ولو افتضها بإصبعه فعليه دية البكارة ، فإن وطأها مع ذلك لزمه الأمران وعليه أُجرة مثلها من حين غصبها الى حين عودها ،

المثل قولاً واحداً .

فاذا كانت بكراً وجب مع ذلك اكثر الأمرين من العشر وأرش البكارة؛ للجناية بازالة البكارة بناء على الاحتمال السابق من وجوب اكثر الأمرين على الغاصب . ويحتمل وجوب مهر المثل فقط بناء على التداخل ، ويحتمل وجوبه مع العشر أو الأرش[1] على القولين الآخرين ، هذا هو الذي يظهر من عبارة الكتاب .

فعلى هذا يقرأ قوله : (ومهر المثل) بالرفع عطفاً على قوله : (والاكثر) . وقد فهم الشارح السيد من العبارة أن الواجب اكثر الأُمور الثلاثة ، والظاهر أنه وهم؛ لأن الواجب بالعقد مهر المثل فكيف يتصور وجوب العشر أو الأرش لو كان اكثر ، والصحيح ما قلناه ، وعلى هذا فالراجح هو مختاره هنا .

قوله : (ولو افتضها بإصبعه فعليه دية البكارة) .

لأن ذلك جناية ، وفي ديتها خلاف ، وبالنسبة الى الغاصب يجب اكثر الأمرين على ما اخترناه .

قوله : (فإن وطأها مع ذلك لزمه الأمران) .

أي : مع الافتضاض ، وإنما لزم الأمران لتعدد السبب واختلافه .

قوله : (وعليه أُجرة مثلها من حين غصبها الى حين عودها) .

يندرج فيه زمان الوطء ، وفيه شيء؛ لأنه قد ضمن منفعة البضع المستوفاة في ذلك الزمان .

---

(١) في «م»: مع الأرش.

فإن احبلها لحق به الولد ، وعليه قيمته يوم سقط حياً وأرش ما نقص من الأم بالولادة .

ولو سقط ميتاً فاشكال ينشأ : من عدم العلم بحياته ، ومن تضمين الأجنبي ، أما لو وقع بجنايته فالأقوى الضمان .

قوله : (فإن احبلها لحق به الولد وعليه قيمته يوم سقط حياً وأرش ما نقص من الأم بالولادة) .

أما إلحاقه به فللشبهة ، وأما وجوب قيمته يوم سقط حياً[1] ؛ لأنه وقت امكان التقويم ، ولتحقق تفويته على المالك حينئذ ، فيقوّم لو كان رقيقا ويسلم الى المولى مع أرش نقصان الأم بالولادة لو نقصت .

قوله : (ولو سقط ميتاً فاشكال ينشأ : من عدم العلم بحياته ، ومن تضمين الأجنبي) .

لو سقط الولد ميتاً لا بجناية جان من الغاصب أو اجنبي ففي وجوب شيء على الغاصب اشكال ينشأ : من عدم العلم بحياة الولد ووجوب شيء فرع ثبوتها ؛ لأنه إنما يقوّم بعد سقوطه حياً ، وهو قول الشيخ في المبسوط[2] ، ومن اعترافه بتضمين الاجنبي لو سقط بجنايته ميتاً ، والفرق غير ظاهر ، فإن عدم العلم بجنايته[3] ثابت على كل من التقديرين ، والأصح الضمان فيضمن للمالك دية جنين أمة .

قوله : (أما لو وقع بجناية فالأقوى الضمان) .

وجه القوة : ان السقوط عقيب الضرب يظهر منه أن الموت بسببه ، ويرد عليه الشك في الحياة فلا أثر للضرب . وربما فرّق بين هذه والتي قبلها بأن

---

(١) في «ق» : حيا ، وأرش ما نقص من الأم بالولادة .

(٢) المبسوط ٣ : ٦٦ .

(٣) في «م» : بحياته .

ولو ضربها أجنبي فسقط فعلى الضارب للغاصب دية جنين حر ، وعلى الغاصب للمالك دية جنين أمة .

ولو كانا عالمين بالتحريم : فإن أكرهها فللمولى المهر والولد والأرش بالولادة والأُجرة ، وعلى الغاصب الحد ، ولو طاوعته حدا . وفي عوض الوطء اشكال ينشأ : من النهي عن مهر البغي ، ومن كونه حقاً للمالك

الجاني لو كان اجنبياً يضمن للغاصب دية جنين حر وذلك يقتضي حياته ، فيضمن الغاصب للمالك لاستحقاقه على هذا التقدير . وليس بشيء؛ لأنه لو كان اصالة عدم الحياة مؤثراً لأثر على التقديرين ، والأصح الضمان .

فإن كان الجاني هو الغاصب ضمن دية جنين حر ، منها دية جنين رقيق للمالك والباقي للامام عليه السلام . كما لو جنى الحر على زوجته الأمة فأسقطت جنيناً ، وإن كان الجاني اجنبياً ضمن دية جنين حر وعلى الغاصب دية جنين رقيق كما ذكره المصنف بقوله : (ولو ضربها اجنبي . . .) .

قوله : (ولو كانا عالمين بالتحريم فإن اكرهها فللمولى المهر والولد والارش بالولادة والأُجرة ، وعلى الغاصب الحد) .

من الصور التي سبق ذكرها : ما اذا كانا عالمين بالتحريم ، لكن الأمة مكرهة على الوطء فيكون الغاصب زانيا دونها ، فيجب مهر المثل للمولى؛ لانتفاء المانع وهو كونها بغياً ، وله الولد؛ لأنه نماؤها ، وهو غير لاحق بالغاصب لكونه ولد زنا بالنسبة اليه ، وأرش النقص بالولادة والأُجرة ، وعلى الغاصب الحد لكونه زانياً .

قوله : (ولو طاوعته حدا ، وفي عوض الوطء اشكال ينشأ : من النهي عن مهر البغي ، ومن كونه حقاً للمالك) .

هذه من الصور السابقة أيضاً ، وهي ما اذا طاوعته وكانا عالمين بالتحريم

أما لو كانت بكراً فعليه أرش البكارة ولا يلحق به الولد ، فإن مات في يد الغاصب ضمنه ، وإن وضعته ميتاً فالاشكال كما تقدم

فيحدان لكونهما زانيين ، وهل يجب المهر عوض الوطء للمولى؟ فيه اشكال ينشأ : من النهي عن مهر البغي ، فإن النبي صلى الله عليه وآله نهى عنه[1] ، وهو شامل لصورة النزاع ، ومن أنها مال لغيرها وبضعها حق له فلا يؤثر رضاها في سقوط حقه ، والنهي محمول على الحرة .

ويضعّف بأن النهي المنقول على اطلاقه لا يجوز حمله على فرد خاص إلا بدليل ، وعوض البضع فيه شائبة التعبد فلا يثبت إلا حيث اثبته الشارع ، وليس البضع كسائر المنافع ، فإن الولي لو رضي بوطئها على مهر لم يصح ولم يستحق شيئاً إلا مع العقد ، بخلاف سائر المنافع فلا تتحقق ماليته مطلقاً بل على وجه مخصوص ، وهذا اقوى .

قوله : (أما لو كانت بكراً فعليه أرش البكارة) .

أي : في صورة كونهما عالمين؛ لأن ازالة البكارة جناية عليها فيجب ارشها ، وليست كالوطء .

قوله : (ولا يلحق به الولد ، فإن مات في يد الغاصب ضمنه ، وإن وضعته ميتاً فالاشكال كما تقدم) .

إنما لم يلحق الولد لكونه ولد زنى فيكون رقاً للمولى؛ لأنه نماء مملوكته وهو مضمون على الغاصب ، فإن وضعته ميتاً فالاشكال في الضمان كما سبق للشك في حياته ، وربما رجح الضمان هنا بأن التقويم في الأول إنما هو بعد وضعه حياً بخلافه هنا ولا اثر له؛ لأن المراد : التقويم المخصوص لا وجوب دية الجنين الذي يراد وجوبه في الموضعين ، والأصح الضمان هنا ايضاً .

---

(١) سنن ابن ماجة٢ : ٧٣٠ حديث ٢١٥٩ ، سنن الترمذي٢ : ٢٧٣ حديث ١٢٩٣ ، سنن ابي داود٣ : ٢٦٧ حديث ٣٤٢٨ ، الجامع الصغير٢ : ٦٩٧ حديث٩٤٥٦ .

ولو كان بجناية جان ضمن جنين أمة .

ولو كان الغاصب عالماً دونها لم يلحق به الولد ووجب الحد والمهر عليه ، وبالعكس تحد هي دونه ولا مهر على اشكال ويلحق به الولد .

ولو باعها الغاصب فوطأها المشتري عالماً بالغصب فكالغاصب ، وفي مطالبة الغاصب بهذا المهر نظر ينشأ : من أن منافع البضع هل تدخل

قوله : (ولو كان بجناية جان ضمن جنين أمة) .

لما ذكرناه سابقا .

قوله : (ولو كان الغاصب عالماً دونها لم يلحق به الولد ، ووجب الحد والمهر عليه) .

هذه أيضاً من الصور التي سبق ذكرها ، وهي ما اذا كان الغاصب عالماً بالتحريم دونها فهو زان دونها ، فلا يلحق به الولد بل يكون للمولى نسيبا بالنسبة اليها ويجب عليه حد الزاني والمهر لكون الوطء محترماً من طرفها .

قوله : (وبالعكس تحد هي دونه ، ولا مهر على اشكال ، ويلحق به الولد) .

المراد بالعكس : أن تكون هي عالمة بالتحريم دونه ، وهي من الصور المذكورة سابقاً ، وحكمها أن عليها الحد دونه ، ويلحق به الولد دونها فتجب قيمته على ما سبق ، وفي ثبوت المهر الاشكال السابق من كونها بغياً ، ومن أنها مال الغير ، والظاهر العدم .

قوله : (ولو باعها الغاصب فوطأها المشتري عالماً بالغصب فكالغاصب .

فكالغاصب في جميع الأحكام السابقة .

قوله : (وفي مطالبة الغاصب بهذا المهر نظر ، ينشأ من أن منافع

تحت الغصب ،

البضع هل تدخل تحت الغصب) .

أي : في مطالبة المالك للغاصب بهذا المهر ـ وهو اللازم للمشتري الواطىء ، كما يطالبه بسائر المنافع التي استوفاها المشتري ، فيكون مخيراً في المطالبة لكل منهما ، وقرار الضمان على المشتري العالم دون الجاهل ـ نظر ينشأ : من [أن] منافع البضع هل تدخل تحت الغصب ، أم لا .

وقد ذكر المصنف في الركن الثاني : أن منافع البضع لا تضمن[1] بالفوات ، فإن اليد لا تثبت على منفعة البضع ، فإنها وإن كانت مملوكة للمولى إلا أن فيها شائبة التعبد ، فلا تجري مجرى سائر المملوكات ، ومن ثم يجوز تزويج الجارية المغصوبة دون بيعها واجارتها ؛ لأن يد الغاصب حائلة بين المشتري والمستأجر وبين الجارية .

ولو تداعى اثنان نكاح امرأة لكانت الدعويان عليهما ولا ترجيح باليد ، ولو وطئت الزوجة بالشبهة فمهر المثل لها دون الزوج ، ولأن سائر المنافع تملك ملكاً تاماً ، فيجوز نقلها الى مالك آخر كسائر الأموال ، بخلاف منفعة البضع فإنها إنما يستحق الانتفاع والارتفاق بها .

لكن يرد على ما ذكره أن عدم دخول منافع البضع تحت الغصب أمر محقق عنده ، فكيف يتردد فيه ويبني النظر على التردد فيه؟

ولو قال : ينشأ من أن منافع البضع لا تدخل تحت الغصب ولا يضمن إلا بالاستيفاء وهو منحصر في جانب المشتري ، ومن أن عدم ضمانها وانتفاء دخولها تحت اليد إنما يمنع من استحقاق المطالبة بعوضها بالفوات ، أما اذا استوفيت فإنها مضمونة لا محالة فقد أدى الحال الى الغرم فجرى مجرى الجناية ولسببية الغاصب في ذلك لكان أولى وأوفق لما في التذكرة[2] .

---

(١) في «م» يضمن.

ولا يجب إلّا مهر واحد بوطئات اذا اتحدت الشبهة ، وفي تعدده بتعدده مع الاستكراه نظر .

ويضعّف الثاني بأن المقتضي للضمان في حق الغاصب هنا منتف ، إذ الاستيفاء منتف في حقه ، واليد ليست سبباً ، ووجوب المهر على المشتري لا يستدعي الوجوب على الغاصب مع انتفاء سببه ، وهذا أقوى ، ولا فرق في ذلك بين أن تقول : للمشتري الجاهل الرجوع بالمهر لو غرمه على الغاصب ، أو لا .

واعلم أن الشارح الفاضل قال : إن مراد المصنف بقوله : (ينشأ من أن منافع البضع هل تدخل تحت الغصب) أنه لو فوّتها الغاصب بوطئها عالمين وهي مختارة هل يضمنها ، ويكون بمنزلة غصب منفعة أو لا؟ قد ذكر المصنف في الاشكال السابق الى آخر كلامه (١) .

ولا شبهة في أن ما ذكره وهم وليس مراد المصنف ، ولا تنطبق عليه عبارته ولا يستقيم البناء الذي ذكره؛ لأن هذا الاشكال آت سواء ضمنّا الغاصب اذا وطأها عالمين بالتحريم أم لم نضمنه .

قوله : (ولا يجب إلّا مهر واحد بوطئات إذا اتحدت الشبهة) .

نزّل الشبهة منزلة النكاح الفاسد اذا وطأ فيه مراراً ، وهذا أيضاً من الأمور التي خالف فيها منفعة البضع غيرها من المنافع .

ووجهه : أن مناط وجوب المهر هو الوطء حال الشبهة ، وهي متحدة فلا أثر لتعدد الوطء .

قوله : (وفي تعدده بتعدده مع الاستكراه نظر) .

ينشأ : من تعدد السبب ، ومن تخيّل أن السبب هنا هو الوطء ، إذ لا

---

(١) ايضاح الفوائد ٢ : ١٩٠ .

ومع الجهل ينعقد حراً ، ويضمن المشتري القيمة ويرجع بها على الغاصب ، فإن الشراء لا يوجب ضمان الولد ، ويضمن المشتري أُجرة المنفعة التي فاتت تحت يده ، ومهر المثل عند الوطء ، وقيمة الولد عند انعقاده حراً ،

شبهة هنا ، والوطء صادق مع الوحدة والكثرة ، والأصح التعدد ، لأن الاستكراه بمنزلة الشبهة في حق المكرهة فاذا تعدد كان كما لو تعددت الشبهة .

قوله : (ومع الجهل ينعقد حراً ويضمن المشتري القيمة) .

أي : ينعقد الولد حراً لكونه نسبيا حينئذ للشبهة ، ويضمن القيمة للمالك كما سبق في الغاصب .

قوله : (ويرجع بها على الغاصب فإن الشراء لا يوجب ضمان الولد) .

وذلك لأن الولد على تقدير صحة الشراء يكون للمشتري مجاناً بغير عوض ، بخلاف المبيع فإنه في مقابل الثمن فليس مجاناً فيكون مضموناً بهذا الاعتبار ، ولهذا لا يرجع بمقدار الثمن لو لم يكن سلمه .

قوله : (ويضمن المشتري أُجرة المنفعة التي فاتت تحت يده) .

لأنها مضمونة بمجرد اثبات اليد .

قوله : (ومهر المثل عند الوطء) .

لأن منفعة البضع[1] تضمن بالاستيفاء .

قوله : (وقيمة الولد عند انعقاده حراً) .

ينبغي أن يعلق الظرف بـ (يضمن) لأنه أول اوقات دخوله في ضمانه ، لكن لا يجوز جعله ظرفاً للقيمة ؛ لأن القيمة الواجبة عند سقوطه حياً ، وحمل

---

(١) في «ق» : الوطء.

ويرجع بكل ذلك على الغاصب مع جهله ، ويغرم قيمة العين اذا تلفت ولا يرجع ، وكذلك المتزوج من الغاصب لا يرجع بالمهر .

وفي رجوع المشتري بقيمة منفعة استوفاها خلاف .

انعقاده حراً على سقوطه حياً تكلف بعيد .

قوله : (ويرجع بكل ذلك على الغاصب مع جهله) .

لمكان الغرر وإن كان في بعضها خلاف سيأتي ذكره إن شاء الله تعالى .

قوله : (ويغرم قيمة العين اذا تلفت ولا يرجع) .

أي : وإن كان جاهلاً؛ لأنه إنما دخل على كونها مضمونة بالمعنى الذي حققناه ، فلا يتحقق له غرور بالنسبة اليها مع جهله ، لكن هذا إنما يستقيم بالنسبة الى ما قابل الثمن ، فلو زادت قيمة العين على الثمن فالأصح رجوعه بالزائد؛ لدخوله على أنه في حكم ما لا عوض له فيتحقق الغرور فيه .

قوله : (وكذلك المتزوج من الغاصب لا يرجع بالمهر) .

لأنه دخل على وجوب المهر فلا تغرير فيه ، لكن لو كان المسمى أقل من مهر المثل ينبغي أن يرجع بالزائد لتحقق الغرور فيه ، واطلق العبارة في التذكرة كما هنا وإن كان آخر كلامه دالاً على ما قلناه ، حيث قال : والضابط في هذه المسائل أن ينظر فيما غرمه من ترتيب يده على الغاصب عن جهل إن شرع فيه على أن يضمنه لم يرجع به ، وإن شرع على أن لا يضمنه فإن لم يستوف ما يقابله رجع به ، وإن استوفاه فقولان للشافعية[1] .

قوله : (وفي رجوع المشتري بقيمة منفعة استوفاها خلاف) .

قد سبق بعض المسائل التي حكم فيها بالرجوع مع أنها من هذا القبيل

---

(١) التذكرة٢ : ٣٩٨، الوجيز١ : ٢١٣ .

ولو بنى فقلع بناءه فالأقرب الرجوع بأرش النقص ، ولو تعيّب في يده احتمل الرجوع ؛ لأن العقد لايوجب ضمان الأجزاء بخلاف الجملة وعدمه ،

كالوطء ، وحكاية الخلاف لا تنافي جزمه بأحد الطرفين . وكذا القول في باقي المنافع كالسكنى ، واتلاف الثمرة المتجددة لا التي كانت وقت البيع ، والولد واللبن والصوف كذلك .

قوله : (ولو بنى فقلع بناءه فالأقرب الرجوع بأرش النقص) .

أي : لو بنى المشتري في المبيع المغصوب جاهلاً بالغصب فقلع المالك بناءه فالأقرب أنه يرجع بأرش نقص البناء ، ونقص الآلات إن نقصت بالقلع؛ لأنه دخل على انتقال المبيع اليه ، وجواز التصرفات له من بناء وغيره ، فمهما فات من ماله بذلك فهو مستند الى غرور البائع إياه ، والمغرور يرجع على من غره ، والفائت من ماله هنا هو نقص البناء والآلات لا أجرة العمال[1] لأنها عوض عنه . ويحتمل أن لا رجوع له؛ لأن ذلك بفعله ، والبائع لم يأمره به ، والأصح الأول؛ للغرور .

قوله : (ولو تعيّب في يده احتمل الرجوع، لأن العقد لا يوجب ضمان الاجزاء بخلاف الجملة وعدمه) .

أي : لو تعيّب المبيع في يد المشتري من الغاصب جاهلاً فغرمه المالك الأرش احتمل أن له الرجوع على الغاصب بما غرمه أرشاً، لأنه دخل على أن المضمون عليه هو الجملة دون الاجزاء ، لعدم مقابلتها بالثمن ، إنما المقابل به هو المجموع .

ولهذا لو تعيّب المبيع في يد البائع قبل القبض لم تكن للمشتري المطالبة بالأرش عند جماعة ، بل إما أن يرضى به كذلك أو يفسخ ، ولو قسطت اجزاء

---

(١) في «ق»: الاعمال.

ونقصان الولادة لا ينجبر بالولد ؛ لأنه زيادة جديدة .

ولو غصب فحلاً فأنزاه على الأنثى فالولد لصاحبها وإن كانت للغاصب ، وعليه الأجرة على رأي

الثمن على اجزاء المبيع لكان له أن يرجع بقسط الفائت من الثمن ، وقد سبق في كتاب البيع أن الأصح خلاف هذا .

ويحتمل عدم الرجوع ، وهو الأقوى؛ لضمان الأجزاء فإنها مقابلة باجزاء الثمن ، ولهذا نقول في المسألة المذكورة : للمشتري المطالبة بالأرش ، فعلى هذا لو كان الأرش الذي اغرمه المالك للمشتري في مسألة الكتاب بقدر قسط ذلك الجزء من الثمن فلا رجوع له به ، وإن زاد فالأصح رجوعه بالزائد كما في الجملة .

قوله : (ونقصان الولادة لا ينجبر بالولد؛ لأنه زيادة جديدة) .

وهي غير مجانسة للفائت ليتم ذلك على رأيه .

قوله : (ولو غصب فحلاً فأنزاه على الأنثى فالولد لصاحبها وإن كانت للغاصب) .

لأن الولد نماؤها ، والظاهر أن هذا الحكم مجمع عليه وإن ورد عليه أن الولد مني الفحل ، فلا يكاد يوجد الفرق بينه وبين الحب اذا نبت في ارض الغير .

قوله : (وعليه الأُجرة على رأي) .

قال الشيخ : لا أُجرة؛ للنهي عن عسب[1] الفحل[2] . وهو ضعيف؛

---

(١) العسيب: الكراء الذي يؤخذ على ضراب الفحل، ونهي عن عسب الفحل. الصحاح (عسب) ١ : ١٨١ .

(٢) المبسوط٣: ٩٦، وانظر: صحيح البخاري٣: ١٢٢ ـ ١٢٣، مسند أحمد ١ : ١٤٧ و٢: ١٤، سنن ابن ماجة٢ : ٧٣١ حديث٢١٦٠، سنن ابي داود ٣: ٢٦٧ حديث ٣٤٢٩، سنن الدارمي٢ : ٢٧٢، سنن الترمذي٢ :٣٧٢ باب٤٥ حديث ١٢٩١ ـ ١٢٩٢ .

والأرش لو نقص بـالضـراب ، ولا تتداخل الأُجرة والأرش ، فلو هزلت الدابة لزمه الأمران وإن كان النقص بغير الاستعمال . وفوائد المغصوب للمالك أعياناً كانت كالولد والثمرة ، أو منافع كسكنى الدار مضمونة على الغاصب .

ولا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد ، ويضمنه وما يتجدد من منافعه، الأعيان أو غيرها مع جهل البائع أو علمه مع الاستيفاء ، وبدونه اشكال .

لأنها منفعة مقصودة محللة ، والنهي إما عن بيع ماءه أو هو على الكراهية .

قوله : (والأرش لو نقص بالضراب ، ولا تتداخل الأُجرة والأرش ، فلو هزلت الدابة لزمه الأمران) .

لأن كل واحد منهما في مقابل شيء غير الآخر[1] ، ويجيء الاحتمال السابق في أول الباب من وجوب اكثر الأمرين لو كان النقص بسبب الاستعمال .

قوله : (وإن كان النقص بغير الاستعمال) .

هـو وصلي لما قبله وليس على ما ينبغي؛ لأن حقـه أن يكـون الفـرد الأخفى ، والأخفى هنا هو ما اذا كان النقص بالاستعمال؛ لاحتمال التداخل وإن كان ضعيفاً ، بخلاف ما اذا لم يكن بـالاستعمال فـإنه لا تـداخل وجهاً واحداً .

قوله : (ولا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد) .

هذه مذكورة هنا استطراداً ، وقد سبق في البيـع بعض احكام المبيـع فاسداً .

قوله : (ويضمنه وما يتجدد من منافعه،الاعيان أو غيرها ، مع جهل البائع أو علمه ، مع الاستيفاء وبدونه على اشكال) .

---

(١) في «ق» : الاجرة.

. . . .

لا ريب في أن البيع الفاسد مضمون؛ لأن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، وذلك لأنه إنما دخل على تملك العين في مقابل الثمن ، فاذا كان العقد غير مملّك وجب رد كل من العوضين الى مالكه ، فلو تعذر وجب بدله من المثل والقيمة؛ لامتناع فوات العين وما جعلت في مقابله .

فإن قيل : قد كان الواجب أن يكون المضمون ما قابل الثمن دون الزائد؛ لأنه بغير مقابل على تقدير الصحة ، والضمان بالفاسد على نحو الضمان بالصحيح .

قلنا : لما كان المجموع في مقابله:المجموع ، وفاتت المقابلة بفساد العقد كان كل منهما مضموناً بجميع اجزائه؛ نظراً الى مقتضى المقابلة ، وليس هذا كالغاصب لكونه غاراً ، وهو مؤاخذ بأشق الاحوال بخلاف البائع هنا .

اذا تقرر هذا ، فلا تفاوت في كون المتجدد في المبيع عيناً كالولد أو منفعة كسكنى الدار ، ولا في كون البائع عالماً بالفساد أو جاهلاً ، ولا بين أن يستوفي المشتري فاسد المنفعة وعدمه ، على اشكال في بعض الصور ، وهو ما اذا علم البائع بفساد البيع ولم يستوف المشتري المنفعة .

ومنشأ الاشكال حينئذ : من أن الأصل مضمون فكذا الفرع ، ولعموم : « على اليد ما اخذت حتى تؤدي »[1] ، ولأنه إنما قبضها لمصلحة نفسه لا لمصلحة البائع ، ولأن اثبات يده بغير استحقاق ، لأن الاستحقاق إنما هو على تقدير صحة البيع وهي منتفية .

ومن أن علم المالك بفساد البيع ، وعدم المطالبة دليل على رضاه بكون العين في يد المشتري ، ويضعّف بأن السكوت أعم من الرضى ، ويلزوم مثله في اصل البيع لو علم بالفساد .

---

(١) مسند أحمد٥ : ١٢ ، سنن الترمذي٢ : ٣٦٨ حديث ١٢٨٤ .

وما يزداد من قيمته لزيادة صفة فيه فإن تلف في يده ضمن العين بأعلى القيم من حين القبض الى حين التلف إن لم يكن مثلياً .

ولو اشترى من الغاصب عالماً فاستعاد المالك العين لم يكن له الرجوع بالثمن ، ولو قيل : يرجع مع وجود عين الثمن كان حسناً ،

وعلى ما يظهر من كلام الشارح[١] الفاضل فالاشكال في المنافع التي لم يستوفها المشتري ، سواء علم البائع بالفساد ، أم لا . ومنشأ الاشكال حينئذ مما ذكر ، ومن أنها لم تقبض بالبيع الفاسد ولا بالغصب ، وحصر الضمان فيهما ممنوع ، ثم رجح الثاني بأن مال الغير تجدد في يده بغير فعله فكان كالثوب يطير بالريح[٢]

اقول : وجه الشبه غير ظاهر؛ لأن وضع المشتري يده على الأصل والمنافع باختياره على انها له فلا يتم ما ذكره ، والقول بالضمان لا يخلو من قوة .

قوله : (وما يزداد من قيمته لزيادة صفة فيه) .

أي : مضمون ، فهو معطوف على ما قبله ،ووجه الضمان تبعية الأصل لكونه جزء أو في حكم الجزء كالسمن وتعلم الصنعة .

قوله : (فإن تلف في يده ضمن العين بأعلى القيم من حين القبض الى حين التلف إن لم يكن مثليا) .

الاصح أنه يضمن قيمته حين التلف وقد سبق ما يصلح بياناً له .

قوله : (ولو اشترى من الغاصب عالماً فاستعاد المالك العين لم يكن له الرجوع بالثمن ،ولو قيل: يرجع مع وجود عين الثمن كان حسناً) .

---

(١) ايضاح الفوائد٢ : ١٩٤ .

(٢) في «م»: تطيره الريح .

وللمالك الرجوع على من شاء مع تلف العين .

ويستقر الضمان على المشتري ، ومع الجهل على الغاصب ، ويرجع المشتري الجاهل على الغاصب بما يغترمه مما ليس في مقابلته نفع كالنفقة ، والعمارة ، وقيمة الولد لو غرمه المالك ، وفي رجوعه بما حصل له نفع في مقابلته كسكنى الدار ، وثمرة الشجرة ، وقيمة اللبن نظر ينشأ : من ضعف المباشرة بالغرور ، ومن أولوية المباشرة .

أي : لو اشترى من الغاصب العين المغصوبة عالماً بالغصب ، فهذه من تتمة الاحكام السابقة ، فإن السابق هو ذكر احكام الجارية وبعض آخر ، والأصح أن عين الثمن مع وجودها يرجع بها ، ومع تلفها يحتمل الرجوع لولا أن المصنف نقل فيه الاجماع في التذكرة .

قوله : (ومع الجهل على الغاصب) .

إنما يستقر على الغاصب مع الجهل ما زاد على الثمن ، أما مقدار الثمن فإنه على المشتري ويرجع بالثمن .

قوله : (ويرجع المشتري الجاهل على الغاصب بما يغرمه مما ليس في مقابلته نفع كالنفقة ، والعمارة ، وقيمة الولد لو غرمه المالك) .

لأن فوات ذلك كله بتغريره ، وفي الحقيقة لا فرق بين هذه الأمور وما سبق من بنائه اذا قلع .

قوله : (وفي رجوعه بما حصل له نفع في مقابلته كسكنى الدار ، وثمرة الشجرة ، وقيمة اللبن نظر ينشأ : من ضعف المباشرة بالغرور ، ومن أولوية المباشر) .

الأصح رجوعه بذلك؛ لأن المباشرة ضعيفة بالغرور والسبب اقوى .

فرع : لو اشترك جماعة في وضع اليد على شيء واحد ، وتصرفوا به

ولو زرع الأرض المغصوبة أو غرسها فللمالك القلع مجاناً وإن قرب الحصاد ، ولا يملكه المالك بل هو للغاصب ، وكذا النماء وعليه أُجرة الأرش وطم الحفر والأرش .

ولو بذل صاحب الغرس قيمة الأرض أو بالعكس لم يجب القبول .

جميعاً فالظاهر أن على كل واحد منهم ما يقتضيه التقسيط .

قوله : (ولو زرع الأرض المغصوبة أو غرسها فللمالك القلع مجاناً وإن قرب الحصاد) .

لما روي من أنه : « ليس لعرق ظالم حق »[1] .

قوله : (ولا يملكه المالك بل هو للغاصب ، وكذا النماء) .

قال ابن الجنيد : إنه يملكه[2] تعويلاً على حديث[3] لا تعلم صحته .

قوله : (وعليه أُجرة الأرض ، وطم الحفر ، والأرش) .

إن نقصت بذلك .

قوله : (ولو بذل صاحب الغرس قيمة الأرض أو بالعكس لم يجب القبول) .

إذ لا يجبر أحدهما على بيع ماله ، وفي حواشي شيخنا الشهيد ما صورته : وينسحب الخلاف في المسألة المتقدمة ، وهي قوله : (ولو طلب أحدهما . . .) فإنه قال في المختلف : يجاب المالك لا الغاصب[4] .

---

(١) مسند أحمد٥ : ٣٢٧ ، سنن ابي داود٣ : ١٧٨ حديث ٣٠٧٣ ، الموطأ٢ : ٧٤٣ حديث٢٦ ، سنن الترمذي٢ : ٤١٩ حديث١٣٩٤ .

(٢) المختلف : ٤٥٨ .

(٣) مسند احمد٣ : ٤٦٥ و٤ : ١٤١ ، سنن ابن ماجة٢ : ٨٢٤ حديث ٢٤٦٦ ، سنن الترمذي٢ : ٤١٠ حديث ١٣٧٨ ، سنن ابي داود٣ : ٢٦١ حديث ٣٤٠٣ .

(٤) المختلف : ٤٥٥ ، وفي النسختين الخطيتين : للغاصب .

وقيل : لو خيف سقوط حائط أُسند بجذع الغير ، ولو نقل المغصوب فعليه الرد وإن استوعبت أُجرته أضعاف قيمته ،

قلت : ظاهر كلام المختلف في مسألة الصبغ ثبوت ذلك في الغرس ، حيث تعجّب من كلام الشيخ بوجوب قبول قيمة الغرس على المستعير ومنع هنا ، ومقتضى كلامه بعد ذلك في مسألة الزرع العدم[١] .

ويمكن حمل كلام المختلف الثاني على ما اذا لم يطلب المالك الزرع بالقيمة ، إلا أن قوله : لنا : إنه عين مال الغاصب فلا ينتقل عنه إلا برضاه[٢] ينافي ذلك .

والحاصل انه إن ثبت قوله هاهنا بتملك المالك بالقيمة اذا اراد فهو قول لا يخلو من قوة كما سبق .

قوله : (وقيل : لو خيف سقوط حائط أُسند بجذع الغير) .

هذا قول الشيخ[٣] ، ويضعف بأن التصرف في ملك الغير بغير اذنه لا يجوز ، والحق انه إن خيف بترك اسناده ضرر على نفس محترمة ونحو ذلك جاز اسناده ، لجواز اتلاف مال الغير لحفظ النفس ويضمن العوض .

ويلوح من تعليل الشيخ إرادة هذا المعنى حيث قال : إن مراعاة المصالح الكلية أولى من الجزئية مع التعارض ، وهذا حيث لا يمكن نقصه أو يخاف المعاجلة قبله .

قوله : (ولو نقل المغصوب فعليه الرد وإن استوعبت أُجرته اضعاف قيمته) .

لأنه عادٍ بنقله فيجب عليه الرد بكل حال .

---

(١) المختلف : ٤٥٨ .

(٢) المختلف : ٤٥٩ .

(٣) المبسوط ٣ : ٨٦ .

ولـو طلب المالك أُجرة الرد لم يجب القبول ، ولو رضي المالك به في موضعه لم يجز النقل .

ولو بنى الأرض بتراب منها وآلات المغصوب منه لزمه أُجرة الأرض مبنية ، ولو كانت الآلات للغاصب لزمه أُجرة الأرض خراباً .

ولو غصب داراً فنقضها فعليه الأرش ، وأجر دار الى حين نقضها ، وأجر مهدومة من حين نقضها الى حين ردها ،

قوله : (ولو طلب المالك أُجرة الرد لم يجب القبول) .

لأن حقه هو الرد دون الأُجرة .

قوله : (ولو بنى الأرض بتراب منها وآلات المغصوب منه لزمه أُجرة الأرض مبنية) .

لأن الصفة[1] الحادثة بالبناء للمالك ، إذ هي زيادة في ماله وإن كانت بسبب الغاصب كالسمن وصياغة النقرة .

قوله : (ولو كانت الآلات للغاصب لزمه أُجرة الأرض خراباً) .

لأن البناء ملك للغاصب وإن كان عدواناً ، لكن على ما تقرر من أن زيادة الصفة في ملك المالك بفعل الغاصب للمالك يجب أن تكون للمالك حصة الأرض من أُجرة المجموع بعد التقسيط على الأرض والبناء؛ لأن الهيئة الاجتماعية تقتضي زيادة انتفاع بالأرض فتزيد أُجرتها بذلك .

وقد سبق فيما لو صبغ الثوب فزادت القيمة ان الزيادة تقسط عليهما ، وهي مبنية على ما ذكرنا هنا .

قوله : (ولو غصب داراً فنقضها فعليه الأرش وأُجرة دار الى حين نقضها ، وأُجرة مهدومة من حين نقضها الى حين ردها) .

---

(١) في «م» القيمة.

وكذا لو بناها بآلته .

أما لو بناها بآلتها فعليه أجر عرصة من حين النقض الى حين البناء ، وأجرها داراً قبل ذلك وبعده .

ولا يجوز لغير الغاصب رعي الكلأ النابت في الأرض المغصوبة ، ولا الدفن فيها .

لأن النقض اخرجها عن كونها مبنية ، وقد عدم ما نقض منها وضمنه بالأرش ، فلم يبق له منفعة ليضمن أُجرتها ، وتردد في التذكرة في لزوم أُجرة مثلها الى حين الرد أو الى حين النقض . ويشكل بأن العين اذا تلفت يضمن بدلها لا أُجرة منفعتها كالعبد اذا مات .

ويمكن الفرق بأن العبد اذا مات لا امد ينقطع عنده ضمان أُجرته بخلاف هدم الدار؛ لأن الامد ردها على مالكها مهدومة .

قوله : (وكذا لو بناها بآلته) .

أي : بعد الهدم فإنه يضمن أُجرتها بعد النقض مهدومة .

قوله : (أما لو بناها بآلتها فعليه أُجرة عرصة من حين النقض الى حين البناء ، وأُجرتها داراً قبل ذلك وبعده) .

أي : قبل النقض وبعد البناء ، فلم يتوارد اسم الاشارة والضمير على أمر واحد ، ووجه ذلك أن البناء بآلة الدار مملوك للمالك .

قوله :(ولا يجوز لغير الغاصب رعي الكلأ النابت في الأرض المغصوبة ، ولا الدفن فيها) .

أي : لا يجوز بعد الغصب لغير الغاصب ـ وكذا الغاصب بطريق أولى ـ رعي الكلأ النابت في الأرض المغصوبة وإن فرض استفادة جوازه من شاهد حال الأرض باعتبار العرف المستقر؛ لأن شاهد الحال ضعيف لا يعول عليه بعد

ولو وهب الغاصب فأتلفها المتهب رجع المالك على أيهما شاء ، فإن رجع على المتهب الجاهل احتمل رجوعه على الغاصب بقيمة العين والأُجرة ، وعدمه .

ولو اتجر بالمال المغصوب : فإن اشترى بالعين فالربح للمالك إن أجاز البيع ، وإن اشترى في الذمة فللغاصب ،

الغصب ، ولأن الظاهر من حال المالك بعد الغصب عدم الرضى ، وكذا القول في الدفن ، وغيره من التصرفات .

قوله : (ولو وهب الغاصب فاتلفها المتهب رجع المالك على أيهما شاء ، فإن رجع على المتهب الجاهل احتمل رجوعه على الغاصب بقيمة العين والأُجرة ، وعدمه) .

أي : لو رجع المالك على المتهب بقيمة العين والأُجرة فالأصح أن له الرجوع على الغاصب[1] لغروره ، وقد سبقت هذه المسألة بعينها .

قوله : (ولو اتجر بالمال المغصوب فإن اشترى بالعين فالربح للمالك إن أجاز البيع) .

وليس لكل من البائع والغاصب التصرف في العين؛ لإمكان اجازة المالك خصوصاً على القول بأن الاجازة كاشفة .

قوله : (وإن اشترى في الذمة فللغاصب) .

لأن الثمن حينئذ أمر كلي لكن عليه وزر المدفوع ، ويجب رده على المالك إن اراده ، ولو ترتبت عليه تصرفات كان للمالك تتبعها[2] واجازة ما يريد منها ورد ما يريد ، وعلى الغاصب السعي في تحصيل ما ترتب على يده من

---

(١) في «م»: على الغاصب بقيمة العين.

(٢) في «ق»: منعها، وفي «م»: بيعها، وفي هامشها: تتبعها/ظ.

فإن ضارب بـه فالـربح للمالك وعلى الغاصب أُجرة العامل الجاهل .

ولو أقر بائع العبد بغصبه من آخر وكذّبه المشتري أُغرم البائع الأكثر من الثمن والقيمة للمالك ، ثم إن كان قد قبض الثمن لم يكن للمشتري مطالبته به ، وإن لم يكن قبضه فليس له طلبه ، بل أقل الأمرين من القيمة والثمن ،

التصرفات ، وقد سبق في البيع ، وللمالك تتبع العقود ورعاية مصلحته[1] .

قوله : (فإن ضارب بـه فالـربح للمـالك ، وعلى الغـاصب أُجرة العامل الجاهل) .

أي : أُجرة المثل لفساد المضاربة وكونه مغروراً

قوله : (ولو أقر بائع العبد بغصبه من آخر وكذّبه المشتري أُغـرم البائع الاكثر من الثمن والقيمة للمالك) .

اذا كذّبه المشتري لم ينفذ اقراره في حقه ، بل في حق نفسه ، فحينئذ يغرمه المقر ما ذكره المصنف .

ويشكل بأنه لا يخلو : إما أن يجيز البيع أو يرده ، فإن أجازه أغرمه الثمن فقط ، وإن رده أغرمه القيمة ليس إلا فلا يتم ما ذكره ، وربما ينزّل على أن يكون قد أقر باستعارته للرهن بعد اقراره بالغصبية ، فإن المستعير للرهن يلزمه اكثر الأمرين ، وهذا صحيح إلا أنه خروج عن المسألة ، والأصح أن له الثمن إن اجاز وإلا فالقيمة .

قوله : (ثم إن كان قد قبض الثمن لم يكن للمشتري مطالبته به ، وإن لم يكن قبضه فليس له طلبه بل أقل الأمرين من القيمة والثمن) .

أي : هذا حال المقر بالنسبة الى المالك المقر له ، فأما بالنسبـة الى

---

(١) في «ق»: رعاية المصلحة.

فإن عاد العبد اليه بفسخ أو غيره وجب رده على مالكه واسترجع ما دفعه .

المشتري فإن كان قبض الثمن فليس للمشتري مطالبته على حال؛ لأنه لم يصدّقه على اقراره ، فمقتضى تكذيبه البيع صحيح والثمن مستحق للبائع المقر فتسليمه وقع بحق فليس له المطالبة به .

ثم البائع ينظر فيما بينه وبين الله تعالى فيفعل ما يعلم أنه الحق ، فلو كان اقراره بالغصب مطابقاً للواقع ، ولم يجز المالك البيع وقبض الثمن رد الزيادة على القيمة على المشتري ولو بوجه لا يعلم المشتري معه بالحال .

وإن لم يكن قبضه فليس له طلبه ، بل له أقل الأمرين من القيمة والثمن؛ لأنه إن كانت القيمة اقل فليس له إلا القيمة ، لأن البيع بمقتضى اقراره غير صحيح . وفيه نظر؛ لأن المقر له لو أجاز البيع لكان البيع صحيحاً باتفاق الكل ، فيستحق[1] الثمن كائناً ما كان وإن كان اكثر من القيمة . وإن كان الثمن اقل فليس له إلا الثمن سواء اجاز المقر له أم لا ؛ لأنه لا يقبل اقراره بكون الملك لآخر على المشتري فلا يلزمه إلا اقل الأمرين .

فإن كان الثمن اقل فهو المستحق ظاهراً ، وإن كانت القيمة اقل فباعتراف البائع لا يستحق سواها ، فليس له المطالبة بالزائد لكن المشتري إن علم الحال اعتمد ما يقتضيه الحال بحسب الواقع .

فعلى هذا يجب أن يقال هكذا : على تقدير عدم قبض الثمن إما أن يجيز المقر له البيع أو لا ، فإن اجاز استحق الثمن وإلا فالأقل من الثمن والقيمة ، وهذا هو الأصح ، وما ذكره المصنف لا يستقيم .

قوله : (فإن عاد العبد اليه بفسخ أو غيره وجب رده على مالكه واسترجع ما دفعه) .

لمؤاخذته باقراره السابق ، وما دفعه كان للحيلولة فتأتي فيه الاحكام

---

(١) في «م»: فالمستحق.

ولو كان اقراره في مدّة خياره انفسخ البيع ؛ لأنه يملك فسخه فيقبل اقراره بما يفسخه .

ولو أقر المشتري خاصة لزمه رد العبد الى المقر له ويدفع الثمن الى بائعه ، ولو اعتق المشتري العبد لم ينفذ اقرارهما عليه ، وكذا لو باعه على ثالث .

السابقة .

قوله : (ولو كان اقراره في مدة خياره انفسخ البيع؛ لأنه يملك فسخه فيقبل اقراره بما يفسخه) .

كالخيار المشروط ونحوه ، وإنما حكم بالانفساخ لوجوب نفوذ اقراره حيث يمكن ، وهو ممكن على هذا التقدير فيكون بمنزلة الفسخ ، كما لو باع ذو الخيار أو اعتق .

قوله : (ولو أقر المشتري خاصة لزمه رد العبد الى المقر له ، ويدفع الثمن الى بائعه) .

لأن اقراره إنما ينفذ في حقه لا في حق البائع اذا لم يصدقه .

قوله : (ولو اعتق المشتري العبد لم ينفذ اقرارهما عليه) .

أي : لو تصادق البائع والمشتري بعد اعتاق المشتري العبد على كون العبد مغصوباً لم يكن اقرارهما نافذاً عليه ، لأن العتق حقه ، بل يثبت الغرم على كل منهما ، وقراره على المشتري اذا كان عالماً .

قوله : (وكذا لو باعه على ثالث) .

أي : لو باع المشتري العبد على ثالث ثم تصادقا على كونه مغصوباً لا ينفذ اقرارهما عليه؛ لأنه اقرار في حق الغير .

ولو صدّقهما العبد فالأقرب القبول ، ويحتمل عدمه ؛ لأن العتق حق الله تعالى ، كما لو اتفق العبد والسيد على الرق وشهد عدلان بالعتق .

خاتمة: في النزاع :

لو اختلفا في تلف المغصوب قدّم قول الغاصب مع يمينه ؛ لأنه قد يصدّق ولا بينة ،

قوله : (ولو صدقهما العبد فالأقرب القبول) .

وجه القرب : أن الحق له فاذا صدقهما على فساد العتق قبل ، وإلا لم يقبل اقرار الحرية ممن ظاهره الحرية ، ولا يخلو من قوة .

قوله : (ويحتمل عدمه؛ لأن العتق حق الله تعالى ، كما لو اتفق العبد والسيد على الرق وشهد عدلان بالعتق) .

فحيث كان العتق حقاً لله تعالى لم ينفذ اقرار العبدبماينافيه . ويشكل بما قلناه أولاً وامكان الفرق؛ لأن العبد والسيد في المثال اتفقا على الرق ، والشاهدان لم ينفياه بل شهدا بأمر زائد وهو طروء العتق فكانت الشهادة مسموعة ، بخلاف ما نحن فيه فإنهم متفقون على وقوع العتق وأنه وقع فاسداً .

وفي المثال لو قدّر اعترافهما بوقوع العتق ودعواهما فساده لكان كالمسألة الأولى ، ولا يبعد القول بعدم القبول؛ لأنه على هذا التقدير لا يتصور قبول قول المالك في وقوع العتق على وجه فاسد وإن صدّقه العبد إلا بالبينة ، بخلاف سائر العقود ، على أن حق الله تعالى في الاعتاق تابع لوقوعه صحيحاً ، ومنشىء العقد والايقاع اعلم به؛ لأنه فعله ، ويلزم عليه ايضاً عدم انتفاء الزوجية بتصادق الزوجين؛ لأن لله تعالى في ذلك حقاً فإن الفروج أشد احتياطاً من غيرها .

قوله : (لو اختلفا في تلف المغصوب قدّم قول الغاصب مع يمينه؛ لأنه قد يصدق ولا بينة) .

فإذا حلف طولب بالبدل وإن كانت العين باقية بزعم الطالب للعجز بالحلف .

وكذا لو تنازعا في القيمة على رأي

توضيحه : أن الغاصب قد يكون صادقاً في دعواه التلف بحسب الواقع ولا بينة له ، فلو لم يقدّم قوله بيمينه لم يكن إلا حبسه لإحضار العين ، فيلزم أن يخلد حبسه ولا يجد عنه مخرجاً ، واللازم معلوم البطلان .

فإن قيل : لو اقام المالك بينة ببقاء العين فإنه يحبس ، فلو اصر على تلفها يلزم ما ذكر ، ومهما قلتم[١] هنا يجيء مثله هناك .

قلنا : يمكن الفرق بثبوت البقاء هنا بخلافه هناك ، فيعتمد معه الضرب والاهانة لثبوت عناده .

قوله : (فإذا حلف طولب بالبدل وإن كانت العين باقية بزعم الطالب للعجز بالحلف) .

وفي وجه للشافعية لا يطالب بالبدل؛ لأن المالك يزعم أن العين باقية فلا يستحق البدل[٢] ، وما ذكره المصنف بجملة ان الوصلية وما في حيزها اشارة الى جوابه ، فإن البدل يستحق عند العجز عن العين للحيلولة وإن قطع ببقاء العين ، فاذا ثبت باليمين تلفها فالعجز اظهر فيستحق البدل .

قوله : (وكذا لو تنازعا في القيمة على رأي) .

أي : يقدم قول الغاصب بيمينه لأنه منكر للزائد ، وقال الشيخ في النهاية : يقدم قول المالك[٣] ، والأصح الاول .

---

(١) في «ق»: ما ذكروهما قلت.

(٢) انظر: فتح العزيز١١: ٢٨٦، المجموع ١٤: ٢٩٤.

(٣) النهاية: ٤٠٢.

ما لم يدع ما يعلم كذبه كالدرهم في قيمة العبد ، وكذا لو ادعى المالك صفة تزيد بها القيمة كتعلم صنعة ، أو تنازعا في الثوب الذي على العبد أو الخاتم الذي في اصبعه .

أما لو ادعى الغاصب عيباً تنقص به القيمة كالعور، أو ادعى رد العبد قبل موته والمالك بعده ، أو ادعى رد الغصب أو رد قيمته أو مثله قدّم قول المالك مع اليمين .

قوله : (ما لم يدع ما يعلم كذبه كالدرهم في قيمة العبد) .

أي : فلا يسمع قوله حينئذ بيمينه ، فهل يقدم قول المالك بيمينه حينئذ؛ لانتفاء الوثوق بالغاصب حينئذ لظهور كذبه ، ولحصر دعواه فيما علم انتفاؤه أم يطالب بما يكون محتملاً؟ لم اجد تصريحاً باحدهما .

قوله : (وكذا لو ادعى المالك صفة يزيد بها القيمة كتعليم صنعة ، أو تنازعا في الثوب على العبد ، أو الخاتم الذي في اصبعه) .

أي : وكذا يقدم قول الغاصب بيمينه في ذلك؛ لأن الاصل عدم الصنعة والثوب والخاتم في يد الغاصب؛ لأن العبد في يده ، ولهذا يضمنه ومنافعه ، ولو اختلفا في تقدم الصنعة لتكثر الأُجرة فكذلك .

واعلم ان في بعض نسخ الكتاب : (كتعلم صنعة) وهو اصوب .

قوله : (أما لو ادعى الغاصب عيباً ينقص به القيمة كالعور ، أو ادعى رد العبد قبل موته والمالك بعده ، أو ادعى رد الغصب أو رد قيمته أو مثله قدّم قول المالك مع اليمين) .

لما كان الأصل في العبد السلامة كانت دعوى العيب لمخالفتها الأصل متوقفة على البينة ، ومع عدمها فالقول قول من ينفيه بيمينه ، وهذا رجوع عن التردد السابق ـ في قول المصنف قبل المطلب الثاني : (ففي تقديم أحد

ولو اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب في وقتها ، فادعى المالك الزيادة قبل التلف والغاصب بعده ، أو ادعى المالك تجدد العيب المشاهد في يد الغاصب والغاصب سبقه على اشكال ،

الاصلين نظر) ـ الى الجزم .

ولو ادعى الغاصب رد العبد قبل موته والمالك بعده فالأصل عدم التقدم ، والأصل بقاء الضمان واستحقاق المطالبة وعدم التسليم فيقدم قول المالك باليمين ، ومثله ما لو ادعى رد الاصل أو البدل .

قوله : (ولو اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب في وقتها ، فادعى المالك الزيادة قبل التلف والغاصب بعده) .

سيأتي جوابه في قوله آخراً : (قدّم قول الغاصب) أي : لو اختلفا بعد اتفاقهما على ارتفاع قيمة المغصوب باعتبار السوق في وقت الزيادة ، أي : اختلفا في وقت حصول هذه الزيادة ، فادعى المالك الزيادة قبل التلف ، وانكر الغاصب ذلك قدّم قول الغاصب بيمينه؛ لأنه منكر .

وفي حواشي شيخنا الشهيد : ان هذا إنما يتأتى عند من قال بضمان اعلى القيم ، أما من قال بضمان قيمة يوم التلف كالمصنف في المختلف[1] ، فإنه يسقط هذا الفرع . وفيه نظر؛ لأن زيادة القيمة قبل التلف صادق على ما اذا بقيت الزيادة الى حين التلف فلا يتم ما ذكره .

قوله : (أو ادعى المالك تجدد العيب المشاهد في يد الغاصب والغاصب سبقه على اشكال) .

هذا معطوف على ما قبله ، وسيأتي جوابه أيضاً ، فلو ادعى المالك ان العيب الموجود المشاهد قد تجدد في يد الغاصب ـ فالجار في قوله : (في يد الغاصب) يتعلق بـ (تجدد) ـ وادعى الغاصب سبقه فالقول قول الغاصب على

---

(١) المختلف: ٤٥٥، ٤٥٨.

أو غصبه خمراً وادعى المالك تخلله عند الغاصب وانكر الغاصب قدّم قول الغاصب .

اشكال ينشأ : من وجود العيب في يد الغاصب ، والأصل عدم التقدم ، فكان القول قول المالك . ومن أن الغاصب غارم مدّعى عليه بزيادة القيمة وهو ينكرها فالقول قوله ، وهذا قول الشيخ رحمه الله ، وفرّق بين هذه وبين ما اذا كان الاختلاف بعد موت العبد[1] ، وهو السابق في قول المصنف : (أما لو ادعى الغاصب عيباً تنقص به القيمة . . .) فإنه اعترف بتقديم قول المالك في هذه ، بأن الأصل في العبد السلامة حتى يعرف العيب ، بخلاف ما اذا كان حياً فإن العور موجود مشاهد فالظاهر انه لم يزل : والأصح عدم الفرق بين المسألتين فيقدّم قول المالك وهو مختار ابن ادريس[2] ، ووجهه ما سبق .

قوله : (أو غصبه خمراً وادعى المالك تخلله عند الغاصب وانكر الغاصب) .

اذا غصبه خمراً ثم طرأ التلف ، فادعى المالك تخللها عند الغاصب قبل التلف ، وانكر الغاصب ذلك قدّم قول الغاصب بيمينه؛ لأن الأصل براءة ذمته[3] وشغلها يتوقف على الثبوت ، والأصل عدم التخلل قبل التلف ايضاً ، وكان على المصنف أن يقول : تخللها بالتأنيث .

واعلم ان هذا إنما يكون في الخمر المحترمة؛ لأنها اذا تخللت في يد الغاصب تكون للمالك كما سبق ، أما غيرها فإن الغاصب يملكها بتخللها عنده كما سبق بحدوث الملك في يده ، ولا اولوية للأول .

وقد صرح في التذكرة بذلك فقال : ولو غصبه خمراً محترمة الى اخره ،

---

(١) المبسوط٣: ١٠٤ .

(٢) السرائر: ٢٧٩ . والظاهر ان ما فيه مناقض لما نقله في جامع المقاصد عن ابن ادريس، ولمزيد الاطلاع انظر: المختلف: ٤٥٨، مفتاح الكرامة٦: ٢٥٦ ـ ٢٥٨ .

(٣) في «ق»: الذمة .

ولو باع الغاصب شيئاً أو وهبه، ثم انتقل اليه بسبب صحيح فقال للمشتري : بعتك ما لا املك واقام بينة ، فالأقرب أنه إن اقتصر على لفظ البيع ولم يضم اليه ما يتضمن ادعاء الملكية سمعت بينته ، وإلا فلا ، كأن يقول : بعتك ملكي ، أو هذا ملكي ، أو قبضت ثمن ملكي ، أو اقبضته ملكي .

وقوله : قدم قول الغاصب[1] جواب لجميع هذه المسائل .

قوله : (ولو باع الغاصب شيئاً ، أو وهبه ثم انتقل اليه بسبب صحيح فقال للمشتري : بعتك ما لا املك واقام بينة ، فالأقرب أنه إن اقتصر على لفظ البيع ولم يضم اليه ما يتضمن ادعاه الملكية سمعت بينته ، وإلا فلا ، كأن يقول : بعتك ملكي ، أو هذا ملكي ، أو قبضت ثمن ملكي) .

اذا باع الغاصب شيئاً أو وهبه ، ثم انتقل اليه بسبب صحيح كالارث والشراء ، ولم يكن المشتري عالماً بكونه غاصباً ، فقال الغاصب للمشتري : بعتك ما لا املك فالبيع فاسد واقام بينة بذلك ، فقال المشتري : بل البيع صحيح ؛ تعويلا على ظاهر الحال من أنه مالك فهل تسمع هذه الدعوى والبينة ، أم ترد لمنافاتها ما دل عليه البيع والهبة من كونه مالكاً؟ الأقرب عند المصنف التفصيل بأنه : اما أن يكون قد اقتصر على لفظ البيع ولم يضم اليه ما يدل على كونه مالكاً ، أو لا .

فعلى الأول تسمع دعواه وبينته؛ لانتفاء التنافي ، فإن البيع بمجرده لا يقتضي الملكية إذ هو اعم من بيع الفضولي وغيره ، والعام لا يقتضي فرداً بخصوصه فلا تنافيه دعوى عدم الملكية وقت البيع فله انتزاع المبيع .

وفي الثاني وهو ما اذا لم يقتصر ، بل ضم ما يدل على كونه مالكاً كأن

---

(١) التذكرة٢ : ٣٨٧.

يقول في العقد أو بعده : بعتك ملكي ، أو يقول : هذا ملكي ، أو يقول : قبضت ثمن ملكي ، أو اقبضته ـ أي : المشتري ـ ملكي فإنه في هذه الصور كلها ونحوها لا تسمع دعواه ولا بينته لتكذيبه إياها .

ويشكل الأول بأن الشريك في النصف لو باع نصفاً انصرف الى نصفه؛ حملاً للفظ البيع على الصحيح اللازم ، ولو كان اعم لكان النصف منزلا على الاشاعة ، وقد سبق في كتاب البيع ، إلا أن يقال : لما كان مالكاً للنصف ـ والظاهر والغالب أن الشخص إنما يبيع ملك نفسه لا ملك الغير ـ كان ذلك قرينة على ارادة ملكه وذلك منتف هنا ، وعلى كل حال فتفصيل المصنف هنا ليس بذلك البعيد .

واعلم انه لو ادعى عليه العلم ، فيما اذا صرح مع البيع بكونه مالكاً فهل يجب احلافه على نفيه؟ سبق[1] في الوديعة في نظيره ما صرح فيه بالوجوب .

* * *

(١) في «ق» : كما سبق .

المقصد الثاني: في الشفعة : وهي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه بالبيع ، وليست بيعاً،فلا يثبت خيار المجلس ، وفيه فصول :

قوله : (وهي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه بالبيع) .

الشفعة مأخوذة من قولك : شفعت كذا بكذا اذا جعلته شفعاً به ، أي : زوجاً ، كأن الشفيع يجعل نصيبه شفعاً بنصيب صاحبه ، واصلها التقوية والاعانة ، ومنه الشفاعة والشفيع؛ لأن كل واحد من الوترين يتقوى بالآخر .

وفي الشرع عرفها المصنف بأنها : (استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه بالبيع) وهذا صادق على استحقاقه انتزاع حصته ببيعه إياها . ثم ان الحصة لا يعلم أي حصة يراد بها ، وكذا الشريك لا يتعين أي شريك يراد به .

وعرّفت أيضا : بأنها حق تملّك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما لا ينقل عادة مع اقراره . واحترز بالتملك القهري عن التملك بالبيع ونحوه ، وبكونها للشريك القديم على الحادث عن تملك الطعام في المخمصة وإن كان بحصة الشريك اذا دعت الضرورة اليها؛ لأن التقييد بالقديم والحادث يقتضي أن للوصفين دخلاً في ذلك ، وهو منتف في المخمصة .

واحترز بما لا ينقل عادة عن المنقولات ، وادرج بالعادة نحو الدولاب وآلات البناء ، وبكونه مستقراً عن نحو الغرفة التي لاقرار لها في الأرض .

قوله : (وليست بيعاً فلا يثبت خيار المجلس) .

للشافعي قولان في ثبوت خيار المجلس في الشفعة ، وذلك بأن يترك بعد ما أخذ بالشفعة ، أو يترك بعد ما أخذ ما دام في المجلس ، وعلله بأن ذلك

الأول : المحل : وهو كل عقار ثابت مشترك بين اثنين قابل للقسمة ، فلا تثبت في المنقولات على رأي ،

معاوضة فكان في أخذها وتركها خيار المجلس كالبيع ، ولأنها اشبه شيء بالبيع[1] ، واصحابنا جميعهم على خلافه .

والنصوص إنما دلت على ثبوت خيار المجلس في البيع[2] ، والشفعة ليست بيعاً ، والظاهر انه لا يثبت خيار الشرط لعدم الدليل ، ولأن ذلك يقتضي اثبات زيادة سلطنة على المشتري إذ لا عقد يشترطا فيه ذلك ، وليس هناك إلا أخذ الشفيع .

وسيأتي إن شاء الله تعالى ما يدل على ثبوت خيار العيب ، وهل يثبت خيار الغبن بشروطه؟ يحتمل ذلك؛ لأن فيه دفعاً للضرر المنفي ، ولأنه ربما ادى نفيه الى الضرر ، بأن يبيع باضعاف القيمة لايقاع الشفيع الجاهل بها .

قوله : (وهو كل عقار ثابت مشترك بين اثنين قابل للقسمة) .

في نهاية ابن الأثير : العقار بالفتح : الضيعة والنخل والأرض ونحو ذلك[3] .

قوله : (فلا يثبت في المنقولات على رأي) .

هذا هو المشهور ، وقال السيد[4] ، وابن الجنيد[5] ، وابن البراج[6] ، وابن ادريس[7] بثبوتها في كل شيء من المبيعات المنقولات وغيرها؛ تعويلاً

---

(١) انظر: المجموع ١٤: ٣٣٨ .

(٢) الكافي ٥: ١٧٠ حديث ٤ ـ ٦ ، التهذيب ٧: ٢٠ حديث ٨٥ ، ٨٦ ، الاستبصار ٣: ٧٢ حديث ٢٤٠ ، ٢٤١ .

(٣) النهاية لابن الاثير (عقر) ٣: ٢٧٤ .

(٤) الانتصار: ٢١٥ .

(٥) المختلف: ٤٠٢ .

(٦) المهذب ١: ٤٥٨ .

(٧) السرائر: ٢٥١ .

ولا في البناء والغرس اذا بيعا منفردين ، ولو بيعا منضمين الى الأرض دخلا في الشفعة تبعاً .

على رواية يونس المرسلة[١] ، ونحوها[٢] مما لا ينهض حجة .

والأصح عدم الثبوت في غير المنقول اقتصاراً في مخالف الأصل على موضع الوفاق ، وللرواية الصحيحة الدالة على نفي الشفعة في الحيوان[٣] ، فينتفي في غيره من المنقولات لعدم القائل بالفصل .

لا يقال: قد دلت على ثبوتها في المملوك ، ولا قائل بالفصل .

قلنا : إن تم ذلك فقد ثبت تدافعها ، فوجب اطراحها والرجوع الى غيرها من الاخبار والدلائل .

قوله : (ولا في البناء والغرس اذا بيعا منفردين) .

لأنهما في حكم ما ينقل وقد كانا في الأصل منقولين وسينتهيا الى النقل وإن طال الأمد .

قوله : (ولو بيعا منضمين الى الأرض دخلا في الشفعة تبعاً) .

أي : تبعاً للأرض؛ لأن في بعض اخبار العامة : ثبوت الشفعة في الربع[٤] ، وهو يتناول الأبنية ، وفي بعض اخبارنا[٥] : والمساكن ، وهو يتناول الأبنية[٦] ، وفي بعضها : الدار[٧] ، ويندرج فيها الابواب والسقوف

---

(١) الكافي٥: ٢٨١ حديث٨، التهذيب٧: ١٦٤ حديث٧٣٠، الاستبصار٣: ١١٦ حديث٤١٣.

(٢) الكافي٥: ٢٨١ حديث٧، التهذيب٧: ١٦٤ حديث٧٢٩، الاستبصار٣: ١١٦ حديث٤١٥.

(٣) التهذيب ٧: ١٦٦ حديث٧٣٥، الاستبصار٣: ١١٦ حديث٤١٥.

(٤) مسند أحمد٣: ٣١٢، ٣١٦، سنن ابي داود٣: ٢٨٥ حديث٣٥١٣، سنن النسائي٧: ٣٢٠ باب الشركة في الرباع.

(٥) في «ق»: أخبارها.

(٦) الكافي٥: ٢٨٠ حديث٤، الفقيه٣: ٤٥ حديث١٥٤، التهذيب٧: ١٦٤ حديث٧٢٧.

(٧) الكافي٥: ٢٨١ ذيل حديث٨.

وفي دخول الدولاب نظر ينشأ : من جريان العادة بعدم نقله .

ولا تدخل الحبال التي تتركب عليها الدلاء ، ولا في الثمرة وإن بيعت على شجرهامع الأرض ،

والجدران .

واعلم أن التبعية إنما تتحقق اذا بيعت الاشجار والبناء مع الأرض التي هي فيها ، لا اذا بيعت مع ارض اخرى إذ لا تبعية حينئذ ، ولعدم تناول النصوص مثل هذا ، وكذا الدولاب على القول به .

قوله : (وفي دخول الدولاب نظر ينشأ : من جريان العادة بعدم نقله) .

ومن أنه منقول في نفسه . واعلم ان موضع النظر ما اذا بيع مع الأرض ، أما اذا بيع وحده فلا بحث في عدم ثبوت الشفعة فيه ، بناءً على عدم الثبوت فيما ينقل ، وقد اختار المصنف في التذكرة عدم ثبوت الشفعة فيه[1] ، والأصح الدخول؛ لأنه ربما يتناوله اسم الدار اذا كان من مرافقها .

وكذا القول في الحمّام ، فإنه يشمله كما يشمل سائر مرافقه المثبتة ، وأي فرق بينه وبين الأبواب ، وفي معنى الدولاب الناعورة ونحوها .

قوله : (ولا تدخل الحبال التي تركب عليها الدلاء) .

إذ هي منقولة حقيقة .

قوله : (ولا في الثمرة وإن بيعت على شجرها مع الأرض) .

أي : لا تثبت الشفعة في الثمرة سواء كانت مؤبرة أم لا ، وسواء بيعت مع الأرض او منفردة ، وكذا الزروع الثابتة، للأصل .

ولا دليل في الشرع على ثبوت الشفعة فيها ولا يدخل في مسمى البستان ، ولأنها لا يراد دوامها بل لها أمد معيّن ينتظر ، وقال الشيخ : تثبت

---

(١) التذكرة ١ : ٥٨٩ .

واحترزنا بالثابت عن حجرة عالية مشتركة مبنية على سقف لصاحب السفل فإنه لا ثبات لها إذ لا أرض لها .

ولو كان السقف لهما فاشكال : من حيث أنه في الهواء فليس بثابت .

الشفعة في الثمار والزرع تبعاً للأصول والأرض التي هي فيها[1] ، والأصح الأول .

قوله : (واحترزنا بالثابت عن حجرة عالية مشتركة مبنية على سقف صاحب السفل فإنه لا ثبات لها إذ لا أرض لها ، ولو كان السقف لهما فاشكال من حيث انه في الهواء فليس بثابت) .

أي : لو كانت أرض الغرفة سقف صاحب السفل المختص به لم يثبت في الغرفة شفعة لو كانت مشتركة وباع أحد الشريكين حصته؛ لانتفاء التبعية المقتضية لثبوت الشفعة .

[فلو كان السقف][2] لهما ـ الذي هو أرض الغرفة ـ مع جدرانها وسقفها ، من دون اشتراكهما في أرض السفل ففي ثبوت الشفعة حينئذ اشكال ينشأ : من أنه في الهواء فليس بثابت ، ومن عدم النقل عادة . وليس بشيء؛ لأن آلات البناء منقولة في الأصل وصائرة الى النقل ، والشفعة إنما تثبت فيها تبعاً للأرض كما سبق ولا أرض هنا .

ولا فرق بين هذا السقف وسائر السقوف والجدران ، والأصح عدم الثبوت .

---

(١) قال السيد العاملي في المفتاح٦: ٣٢١: . . . والمخالف انما هو الشيخ في المبسوط قال: تثبت في الزرع والثمار اذا دخلت في المبيع بالشرط. . .

وفي المبسوط٣: ١٠٧: واما ما لم يكن اصلا ثابت كالزروع والثمار، فاذا دخلت في المبيع بالشرط كانت الشفعة واجبة في الاصل دونها.

وهو كما ترى مخالف لما نقل في جامع المقاصد والمفتاح.

(٢) لم ترد في النسختين، واثبتناها من الحجرية لعدم استقامة المعنى بدونها.

واحترزنا بالمشترك عن غيره ، فلا تثبت بالجوار ، ولا فيما قسّم وميّز إلّا مع الشركة في الطريق أو النهر اذا ضمهما البيع .

قوله : (واحترزنا بالمشترك عن غيره فلا يثبت بالجوار) .

يلوح من عبارة ابن ابي عقيل ثبوت الشفعة بالجوار حيث قال : ولا شفعة للجار مع الخليط[1] ، وهو ضعيف لقوله عليه السلام : « لا شفعة إلا لشريك مقاسم »[2] .

قوله : (ولا فيما قسّم وميّز إلا مع الشركة في الطريق أو النهر اذا ضمهما البيع) .

أي : اذا ضمهما البيع الى الشقص (المقسوم)[3] المتميز لعدم حصول كمال القسمة ، لبقاء الاشتراك في المرافق ، ولاستصحاب ما كان ، ولحسنة منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام وقد سأله عن دار فيها دور وطريقهم واحد في عرصة الدار ، فباع بعضهم منزله من رجل هل لشركائه في الطريق أن يأخذوا بالشفعة؟ فقال :«إن كان باب الدار وما حول بابها الى طريق غير ذلك فلا شفعة لهم ، وإن باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة »[4] .

ومعنى هذه : أن باب الدار المبيعة ، وما حول بابها الى الطريق المباح إن كان غير ذلك الطريق المشترك ، اعني الذي في العرصة ، بأن لم يكن البائع

---

(١) المختلف : ٤٠٣ .

توضيح : قال في المفتاح ٦ : ٣٢٢ : وقال العماني فيما حكي عنه : لا شفعة لجار مع الخليط ، وهو يقضي بثبوتها للجار لكن الخليط مقدم عليه .

(٢) الكافي٥ : ٢٨١ حديث٦ ، الفقيه٣ : ٤٥ حديث١٥٤ ، ١٥٧ ، التهذيب٧ : ١٦٦ ، ١٦٧ حديث٧٣٧ ، ٧٤١ ، وفيها : «لا شفعة الا لشريك غير مقاسم» والظاهر ان (غير) ساقطة من النساخ ، لان كل الاحاديث الواردة نصا ومعنى تدل على ان الشفعة تثبت للشريك الغير مقاسم .

(٣) لم ترد في «ق» ، وفي «م» : المشفوع ، وما اثبتناه من الحجرية .

(٤) الكافي٥ : ٢٨٠ حديث٢ ، الاستبصار٣ : ١١٧ حديث٤١٧ ، وفيهما : « . . . فقال : ان كان باع الدار وحول بابها . . » ، التهذيب٧ : ١٦٥ حديث٧٣١ .

. . . .

قد باع حقه من الطريق مع داره بل باع داره فقط ، وسد بابها الأصلي وفتح لها باب الخروج الى الطريق المباح فلا شفعة حينئذ؛ لأن المبيع غير مشترك ولا في حكم المشترك ، إذ لم يبع معه ما كان موجباً لاستمرار حكم الشركة .

وفي صحيحة أُخرى لمنصور بن حازم عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : دار بين قوم اقتسموها وأخذ كل واحد منهم قطعة ، وتركوا ببابهم ساحة فيها ممرهم ، فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم ، أله ذلك؟ قال : « نعم ، ولكن يسد بابه ويفتح باباً الى الطريق ، أو ينزل من فوق البيت ويسد بابه ، وإن أراد صاحب الطريق بيعه فإنهم احق به ، وإلا فهو طريقه يجيء يجلس على ذلك الباب »[1] .

ومعنى هذه : أن الدار في الأصل كانت مشتركة بين قوم فاقتسموها ، وتركوا ساحة منها هي ممرهم على الشركة ، ثم باع بعضهم نصيبه المقسوم فقط دون نصيبه في الساحة فإن له ذلك لكن يسد بابه الى الساحة إذ لا حق له فيها ، يفتح له باباً الى الطريق العام ، أو يجعل له درجاً ينزل به من فوق البيت .

وإن أراد صاحب الطريق ـ اعني الشريك فيه ، والمراد به : الممر الذي في العرصة ـ بيعه فإنهم احق به فيأخذونه بالشفعة ، وإن لم يرد بيعه فهو طريقه ، يجيء يجلس على ذلك الباب المسدود كما يكون حال الشريك مع شركائه ، وهذه لم يذكر فيها حال الشفعة في الشقص المقسوم ، وفي رواية أُخرى لمنصور بن حازم مثل هذه[2] ، اذا تقرر هذا فهنا مباحث :

الأول : قد اشتملت الروايات على ذكر القوم والشركاء وضمير الجمع ، والمختار أن لا شفعة مع الكثرة، ولا يمكن الاحتجاج بهذه الأخبار . قلنا : لما

---

(١) الكافي٥: ٢٨١ حديث٩، التهذيب٧: ١٦٥ حديث٧٣٢، الاستبصار٣: ١١٧ حديث٤١٨، وفيها: «واخذ كل واحد منهم قطعة فبناها...».

(٢) التهذيب٧: ١٦٧ حديث٧٤٣.

. . . .

دلت الدلائل على نفي الشفعة مع الكثرة وجب حمل ما وقع من الالفاظ الدالة على الجمع هاهنا على المختار جمعاً بين الاخبار .

الثاني : قد ورد في بعض هذه الأخبار « فأخذ كل واحد منهم قطعة فبناها »[١] كما ذكره في المختلف[٢] ، مع أن البناء الحادث لم يكن مشتركاً فلا تثبت فيه الشفعة ، قلنا : لا دلالة في الرواية على ثبوت الشفعة فيه فلا أثر لذكره وعدمه .

الثالث : لو انتقل المقسوم مع بقاء الشركة في الطريق الى غير المتقاسمين فهل تبقى الشفعة لكل منهما[٣] كما كانت للأولين؟ يحتمل ذلك؛ لبقاء الشركة حكماً إذ لم تحصل القسمة الجائزة لمجموع النصيبين ، ولأن رواية منصورالأولى تشتمل على اطلاقها هذا الفرع[٤] . والظاهر العدم؛ لأن ثبوت الشفعة على خلاف الأصل فيقتصر فيه على موضع اليقين ، ولظاهر قوله عليه السلام : « لا شفعة إلا لشريك مقاسم »[٥] .

الرابع : هل يشترط في الطريق أو النهر المشتركين بعد تميز النصيبين من الدار ونحوها قبولهما القسمة ، حيث أن مالا يقبل القسمة لا شفعة فيه؟ لا ريب في الاشتراط إن بيع الشقص فيهما منفرداً ، وإن بيع منضماً الى الشقص المقسوم ففي عبارة الدروس ما يقتضي الاشتراط ، حيث قال : ولا مع القسمة

---

(١) الكافي٥ : ٢٨١ حديث٩، التهذيب٧ : ١٦٥ حديث٧٣٢، الاستبصار٣ : ١١٧حديث ٤١٨ .

(٢) المختلف : ٤٠٣ .

(٣) في «م» : لكل واحد منهما على الاخر .

(٤) الكافي٥ : ٢٨٠ حديث٢، التهذيب٧ : ١٦٥ حديث٧٣١، الاستبصار ٣ : ١١٧ حديث٤١٧ .

(٥) الكافي٥ : ٢٨١ حديث٦، الفقيه٣ : ٤٥ حديث١٥٤، ١٥٧، التهذيب٧ : ١٦٧ حديث٧٤١ .

. . . .

الا مع الاشتراك في الطريق والنهر اللذين يقبلان القسمة على الخلاف[١] .

ويشكل بأن قبول القسمة شرط لجميع المشفوع لا لأبعاضه؛ ولأن هذه القسمة كلا قسمة ، واطلاق رواية منصور بن حازم[٢] يتناول ما اذا لم يكن قابلاً للقسمة .

الخامس : لو لم تكن الدور مشتركة في الأصل ، بل كان الاشتراك في الطريق فقط ، فإن بيع الطريق وحده قال في التذكرة : فللشركاء الشفعة إن كان واحداً وأمكن قسمته وإلا فلا ـ ، وهو جيد ، وإن باع الدار بالممر قال : أيضاً للشريك في الممر الشفعة في الدار وطريقها[٣] . وظاهر هذا الاطلاق يقتضي اثبات الشفعة وإن لم تكن الدار مشتركة في الأصل ثم طرأت عليها القسمة ، ويؤيده انه حكى عن الشافعي أنه لا شفعة في الدار؛ لأنه لا شركة فيها ، فصار كما لو باع شقصاً من عقار مشترك وعقار غير مشترك .

ثم قال : وإن ارادوا أخذ الممر بالشفعة قال الشافعي : ينظر إن كان للمشتري طريق آخر الى الدار ، أو أمكنه فتح باب آخر الى شارع فلهم ذلك على المشهور إن كان منقسماً ، وإلا فعلى الخلاف في غير المنقسم[٤] .

ثم قال بعد كلام حكاه عن الشافعية[٥] : والأقرب عندي أن الطريق إن كان مما يمكن قسمته ، والشريك واحد ، وبيع مع الدار المختصة بالبائع صفقة فللشريك الآخر أخذ الطريق خاصة إن شاء ، وإن شاء أخذ الجميع ، وإن لم يمكن قسمته لم يكن له أخذه خاصة ، بل إما أن يأخذ الجميع أو يترك[٦] ، هذا

---

(١) الدروس: ٣٨٦.

(٢) الكافي٥: ٢٨٠ حديث٢، التهذيب٧: ١٦٥ حديث ٧٣١، الاستبصار٣: ١١٧ حديث٤١٧.

(٣) المجموع١٤: ٣٠٠، فتح العزيز (المطبوع مع المجموع) ١١: ٢٩٣.

(٤) المجموع١٤: ٣٠٠ ـ ٣٠١، فتح العزيز١١: ٣٩٥ ـ ٣٩٦.

(٥) انظر: المجموع١٤: ٣٠٠ ـ ٣٠١، فتح العزيز١١: ٣٩٧ ـ ٣٩٨.

(٦) التذكرة١: ٥٩٠.

. . . .

كلامه ، فحاصل كلامه يرجع الى أمرين :

أحدهما : ان الشفعة تثبت في المبيع وإن لم يكن مشتركاً في الحال ولا في الأصل اذا كان طريقه أو شربه مشتركاً ، وهو ظاهر اختياره في التحرير[1] ، وظاهر اختيار الشيخ في النهاية[2] والمبسوط[3] ، وابن ادريس في السرائر[4] ، وظاهر عبارة القواعد حيث نفى ثبوت الشركة للجار والمقاسم إلا مع الاشتراك في الطريق أو النهر ، وكذا الدروس[5] ، والشرائع[6] ، وهو ظاهر كلام المختلف يظهر من جوابه عن حجة ابن ابي عقيل[7] ، وهو الذي يقتضيه صحيح النظر؛ لأن ضم غير المشفوع الى المشفوع لا يوجب ثبوت الشفعة في غير المشفوع اتفاقاً .

والمبيع الذي لا شركة فيه في الحال ولا في الأصل ليس من متعلقات الشفعة قطعاً ، إذ لو بيع وحده لم تثبت فيه شفعة بحال ، واثباتها لا يكون إلا لمحض الجوار ، فاذا ضم الى المشترك وجب أن يكون الحكم كذلك ، لعموم قوله عليه السلام : « لا شفعة الا لشريك مقاسم »[8] فإن المتبادر أن المراد في محل الشركة ، ولا شركة هاهنا لا في الحال ولا في الأصل .

وحسنة منصور بن حازم[9] وإن كانت مطلقة إلا أنها معارضة بعموم هذه ، والترجيح معنا إذ الشفعة على خلاف الاصل فيقتصر فيها على محل الوفاق .

---

(١) تحرير الاحكام٢ : ١٤٥ .

(٢) النهاية : ٤٢٤ .

(٣) المبسوط٣ : ١٠٧ .

(٤) السرائر : ٢٥٠ .

(٥) الدروس : ٣٨٦ .

(٦) شرائع الاسلام٣ : ٢٥٥ .

(٧) المختلف : ٤٠٣ .

(٨) الكافي٥ : ٢٨١ حديث٦ ، الفقيه٣ : ٤٥ حديث١٥٤ ، ١٥٧ ، التهذيب٧ : ١٦٧ حديث٧٤١ .

(٩) الكافي٥ : ٢٨٠ حديث٢ ، التهذيب٧ : ١٦٥ حديث٧٣١ ، الاستبصار٣ : ١١٧ حديث٤١٧ .

. . . .

وفي رواية أبي العباس البقباق : « الشفعة لا تكون الا لشريك »[١] وفي معناها رواية عبد الرحمن بن ابي عبدالله عنه عليه السلام[٢] .

وفي رواية هارون بن حمزة الغنوي عن الصادق عليه السلام : « الشفعة في البيوع اذا كان شريكاً فهو احق بها من غيره »[٣] أي : باعتبار الشركة؛ لأن تعليق الحكم على الوصف يشعر بالعلية .

وفي رواية عبدالله بن سنان عنه عليه السلام : « لا تكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يتقاسما »[٤] .

وفي رواية السكوني عن الصادق عليه السلام : « لا شفعة إلا لشريك غير مقاسم »[٥] وكل هذه حجة على عدم ثبوت الشفعة في الدار الغير المشترك اذا كان الطريق مشتركاً ، وقد اعترف في التذكرة بأن هذا شفعة بالجوار[٦] ، وبالجملة فهذا الجانب قوي جداً .

الأمر الثاني : انه على تقدير سعة الطريق اثبت للشريك الخيار بين أخذه فقط بحصة من الثمن ، وبين أخذ المجموع ، ومع ضيقه حتم أخذ المجموع (أو الترك)[٧] .

ويرد عليه أن المجموع : إما أن يكون متعلق الشفعة أو لا ، فإن كان الأول وجب أن يأخذ المجموع أو يترك ، وليس له تبعيض الصفقة باختياره ، وإن كان الثاني لم تثبت له شفعة في غير الطريق ولا فيه ، إلا اذا كان واسعاً

---

(١) التهذيب ٧: ١٦٤ حديث٧٢٥.

(٢) التهذيب ٧: ١٦٤ حديث٧٢٦.

(٣) الكافي ٥: ٢٨١ حديث٥، التهذيب٧: ١٦٤ حديث٧٢٨.

(٤) الكافي ٥: ٢٨١ حديث٧، التهذيب٧: ١٦٤ حديث٧٢٩.

(٥) الكافي٥: ٢٨١ حديث٦، الفقيه٣: ٤٥ حديث١٥٧، التهذيب٧: ١٦٦ حديث٧٣٧.

(٦) التذكرة١ : ٥٩٠.

(٧) لم ترد في «م».

واحترزنا بقبول القسمة عن الطاحونة ، والحمّام ، وبئر الماء ، والأماكن الضيقة ، وما اشبهها مما لا تقبل القسمة ؛ لحصول الضرر بها ، وهو ابطال المنفعة المقصودة منه فلا شفعة فيها على رأي .

قابلاً للقسمة ، فما ذكره غير واضح .

قوله : (واحترزنا بقبول القسمة عن الطاحون ،والحمام ، وبئر الماء ، والأماكن الضيقة ، وما اشبهها مما لا يقبل القسمة لحصول الضرر بها ، وهو إبطال المنفعة المقصودة منه فلا شفعة فيها على رأي) .

للأصحاب قولان ـ فيما اذا كان المشترك لا يقبل القسمة كالحمّام الضيق ونحوه ، هل تثبت الشفعة لو بيع شقص منه؟ ـ أحدهما : عدم الثبوت ، وهو قول الشيخ[1] ، وعلي بن بابويه[2] ، وابن البراج[3] ، وسلار ، واكثر المتأخرين[4] ؛ لظاهر رواية طلحة بن زيد ، عن جعفر ، عن ابيه ، عن علي عليه السلام : « لا شفعة إلا لشريك مقاسم »[5] .

ولأن الشفعة على[6] خلاف الأصل ، فيجب الاقتصار فيها على موضع اليقين ، وهو الأصح .

---

(١) النهاية: ٤٢٤ .

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٠٣ ، وولده في ايضاح الفوائد٢ : ١٩٩ .

(٣) المهذب١ : ٤٥٨ .

(٤) منهم: المحقق في شرائع الاسلام٣: ٢٥٣ ، وفخر المحققين في ايضاح الفوائد٢: ١٩٩ ، وغيرهما.

(٥) التهذيب٧: ١٦٧ حديث٧٤١ ، وفيه: «لا شفعة الا لشريك غير مقاسم» ، ولعل (غير) ساقطة من قلم النساخ.

(٦) في «ق»: الشفعة تثبت على. . . .

. . . .

وقال السيد[١] ، والمفيد[٢] ، وابن ادريس[٣] ، وابن الجنيد[٤] ، وابن البراج[٥] : تثبت تمسكاً بعمومات الأخبار الدالة على ثبوت الشفعة من غير مخصص[٦] ، والتخصيص يحتاج الى دليل ، ولأن المقتضي لثبوت الشفعة ، وهو إزالة الضرر عن الشريك ، قائم في غير المقسوم .

ويجاب بما ذكرناه من رواية طلحة بن زيد[٧] ، وموثقة السكوني ، عن الصادق عليه السلام ، عن رسول الله صلى الله عليه وآله : « لا شفعة في سفينة ، ولا في نهر ، ولا في طريق»[٨] وليس المراد الواسعين اتفاقا؛ لثبوت الشفعة فيهما ـ فلم يبق إلاّ أن يراد الضيقين فيكون الباقي كذلك إذ لا فاصلة .

وليس المراد من إزالة الضرر بالشفعة ما ذكروه ، بل ازالة ضرر طلب القسمة ومؤونتها ، وهو منتف في محل النزاع .

واعلم أن قول المصنف :(لحصول الضرر بها) دليل على أنها لا تقسّم؛ لتحقق كونها من محل النزاع ، وهو تمهيد لقوله :(وهو ابطال المنفعة المقصودة منه) فإن هذا تفسير حصول الضرر بالقسمة .

وله تفسير آخر ، وهو أن المنقسم ما لا تنقص قيمته نقصاناً فاحشاً ، وآخر وهو الذي يبقى منتفعاً به بعد القسمة بوجه ما ، فاذا خرج عن حد الانتفاع

---

(١) الانتصار: ٢١٥ .

(٢) المقنعة: ٩٦. قال السيد العاملي في المفتاح٦: ٣٢٤: . . ولا سادس لهم فيما أجد الا ما حكاه في الايضاح عن المفيد، ولعله فهمه من قوله: كل مشاع، او من قوله: بثبوتها في العروض.

(٣) السرائر: ٢٥١ .

(٤) نقله عنه في المختلف: ٤٠٢ ـ ٤٠٣ .

(٥) قال في المفتاح ٦: ٣٢٤: والمخالف السيد. . . والقاضي، ولعله للقاضي في الكامل فكان له قولان.

(٦) الكافي٥: ٢٨١ حديث٨، التهذيب ٧: ١٦٤ حديث٧٣٠، الاستبصار٣: ١١٦ حديث٤١٣ .

(٧) التهذيب٧: ١٦٧ حديث٧٤١، وفيه: «لا شفعة الا لشريك غير مقاسم».

(٨) الكافي٥: ٢٨٢ حديث١١، التهذيب٧: ١٦٦ حديث٧٣٨، الاستبصار٣: ١١٨ حديث٤٢٠ .

ولو انتفى الضرر بقسمة الحمّام تثبت الشفعة ، وكذا لو كان مع البئر بياض أرض بحيث يسلّم البئر لأحدهما ، أو كان في الرحى أربعة احجار دائرة يمكن أن ينفرد كل منهما بحجرين ، أو كان الطريق واسعاً لا تبطل منفعته بالقسمة .

بالكلية إما لضيق الخطة وقلة النصيب ، أو لأن أجزاءه غير منتفع بها وحدها كشرب القنى ومصراعي الباب فلا يقسم .

وسيأتي ذلك في باب القسمة إن شاء الله تعالى ، ولو سكت عن هذا لم يكن فيه اخلال .

قوله : (ولو انتفى الضرر بقسمة الحمّام ثبت الشفعة ، وكذا لو كان مع البئر بياض أرض بحيث تسلم البئر لأحدهما ، أو كان في الرحى أربعة احجار دائرة يمكن أن ينفرد كل منهما بحجرين ، أو كان الطريق واسعاً لا تبطل منفعته بالقسمة) .

اذا كان الحمّام كبيرا جداً يمكن افراد حصة كل من الشريكين عن صاحبه من غير تضرر تثبت الشفعة ؛ لانتفاء المانع ، وكذا اذا كان مع البئر أرض تسلم البئر لأحدهما بعد التعديل[1] .

ومثله اذا كان في بيت الرحى أربعة أحجار دائرة يمكن أن ينفرد كل منهما بحجرين ، وكذا اذا كان الطريق واسعاً لا تبطل منفعته بالقسمة لانتفاء المانع في الجميع .

ولو كان بيت الرحى واسعاً بحيث يمكن جعل اكثر بيت الرحى موازياً لما فيه الرحى ، قال في التذكرة : تثبت الشفعة ، قال : وهو مبني على أنه لا يشترط فيما يصير لكل واحد منهما أن يمكن الانتفاع به من الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة[2] .

---

(١) في «ق» : لاحدهما البئر مع التعديل .

(٢) التذكرة ١ : ٥٩٠ .

. . . .

قال في الدروس : ويلزم منه لو اشتملت الأرض على حمام أو بيت ضيق[١] ، وامكن سلامة الحمام أو البيت لأحدهما أن يثبت . وعندي فيه نظر؛ للشك في وجوب قسمة ما هذا شأنه .[٢]

قلت : لا وجه لهذا النظر بعد التصريح بالبناء المذكور ، إذ الكلام حينئذ إنما يكون في المبني عليه .

فان قيل : فحال البئر مع الأرض أيضاً هكذا .

قلنا : نعم إن كانت الأرض لا ينتفع بها من الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة ، كما لو كانت معدّة للزراعة وماؤها من ذلك البئر .

وفي التذكرة : ان المزرعة اذا انقسمت ولم ينقسم بئرها الأقوى ثبوت الشفعة في البئر؛ لأنها تابعة كالاشجار[٣] ، وهذا موضع نظر .

ولا فرق بين كون الشيء لا ينقسم لضيقه ، وبين كونه كذلك لقلة النصيب ، فإن صاحب الأزيد لا يجاب لو كان نصيب صاحب الأقل لا ينتفع به بعد القسمة ، وقد نص عليه في التذكرة[٤] .

وما ذكره في التذكرة[٥] ، والدروس[٦] غير واضح[٧] ، فإن تعديل الأرض مع البئر إن كان موجباً لقبول القسمة فكذلك تعديلها مع الرحى ، والحمّام ، ونحو ذلك .

---

(١) في «ق»: صغير، وفي «م» والحجرية: «ضيقين»، وما أثبتناه من المصدر.
(٢) الدروس: ٣٨٦.
(٣) التذكرة١: ٥٩٠.
(٤) المصدر السابق.
(٥) التذكرة١: ٥٩٠.
(٦) الدروس: ٣٨٦.
(٧) في «ق»: ظاهر.

ولو ضم المقسوم ، أو ما لا شفعة فيه الى ما فيه الشفعة تثبت في الثاني بنسبة قيمته من الثمن . وإنما تثبت لو انتقلت الحصة بالبيع ، فلو وهب الشقص بعوض ، أو جعله صداقاً ، أو عوضاً عن صلح أو غير ذلك لم تثبت الشفعة .

وقول المصنف في التذكرة : إن هذا مبني على أنه لا يشترط فيما يصير لكل منهما أن يمكن الانتفاع به من الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة غير ظاهر؛ لأن الأرض ينتفع بها كما كان ينتفع بها قبل القسمة ، ولا يشترط تساوي الانتفاع فيما يصير الى كل منهما .

نعم لو كانت الأرض مزرعة وفيها بئر ، وبعد التعديل والقسمة لا يمكن زرعها امكن أن يقال هنا ما ذكره .

قوله : (ولو ضم المقسوم ، أو ما لا شفعة فيه الى ما فيه الشفعة ثبت في الثاني) .

خاصة؛ لاجماع علمائنا اعطاء لكل واحد منهما حكمه ، ولا فرق بين كون غير المشفوع من مصالح المشفوع كالثيران للضيعة وعدمه ، خلافاً لمالك .

قوله : (بنسبة قيمته من الثمن) .

أي : يثبت بنسبة قيمة المشفوع[1] الى مجموع القيمتين من الثمن ، أي : يثبت من الثمن هذه النسبة ، فاذا كانت قيمة المشفوع ثلث مجموع القيمتين فحصته من ثمن المجموع الثلث ، وهو ظاهر .

قوله : (وإنما يثبت لو انتقلت الحصة بالبيع ، فلو وهب الشقص بعوض ، أو جعله صداقاً ، أو عوضاً عن صلح ، أو غير ذلك لم تثبت الشفعة) .

---

(١) في «م» : بنسبة قيمته، اي : المشفوع. . .

ولو كان الشريك موقوفاً عليه تثبت الشفعة في الطلق إن كان واحداً على رأي .

بإجماع علمائنا؛ لأن الشفعة من توابع البيع كما يدل عليه مفهوم الروايات[١] ، وقول ابن الجنيد بثبوتها في الموهوب بعوض أو غيره[٢] شاذ ، ويريد المصنف بقوله : (أو غير ذلك) ما لم يكن بيعاً كما هو ظاهر .

قوله : (ولو كان الشريك موقوفاً عليه تثبت الشفعة في الطلق إن كان واحداً على رأي) .

هذا مختار ابن ادريس[٣] ، وهو الأصح لثبوت المقتضي وهو كونه شريكاً مقاسماً؛ لأن الموقوف عليه مالك مع حصول البيع وانتفاء المانع ، إذ ليس إلا كونه موقوفاً عليه ، وهو غير صالح للمانعية ، إذ الحجر عليه في التصرف لا ينافي كونه مالكاً .

وقال الشيخ : لا تثبت[٤]، لعدم انحصار الحق به . وجوابه : أن الغرض انحصاره الآن ، وانتقاله عنه بعد ذلك الى غيره كانتقال المملوك بالبيع ، والموت ، ونحو ذلك .

قال السيد المرتضى : لإمام المسلمين وخلفائه المطالبة بشفعة الوقوف التي ينظر فيها على المساكين أو على المساجد ، وكذلك كل ناظر بحق في وقف[٥] .

وينبغي عدم الثبوت هنا؛ لأن الملك في ذلك إن كان للمسلمين فالكثرة مانعة ، وإن كان لله تعالى فثبوت الشفعة مما يتوقف فيه ، من حيث النظر في أن

---

(١) الكافي٥ : ٢٨١ حديث٨،٥، التهذيب٧: ١٦٤ حديث ٧٢٨.

(٢) المختلف: ٤٠٤.

(٣) السرائر: ٢٥٣.

(٤) المبسوط٣: ٢٨٨.

(٥) الانتصار: ٢٢٠.

والأقرب عدم اشتراط لزوم البيع ، فلو باع بخيار تثبت الشفعة اشترك أو اختص بأحدهما ، ولا يسقط خيار البائع حينئذ .

ذلك ملك حقيقي .

وقال ابن ادريس : تثبت إن كان الموقوف عليه واحداً[1] وارتضاه المتأخرون[2] .

فرع : لو بيع الوقف في صورة الجواز تثبت للاخر الشفعة .

قوله : (والأقرب عدم اشتراط لزوم البيع ، فلو باع بخيار تثبت الشفعة ، اشترك أو اختص بأحدهما ، ولا يسقط خيار البائع) .

هذا مختار ابن ادريس[3] ، وقواه في المختلف[4] ، ووجهه حصول المقتضي ، وهو البيع الناقل للملك مع وجود الشريك ، وانتفاء المانع إذ ليس الا الخيار ، وهو غير صالح للمانعية ؛ لأن التزلزل لا أثر له .

قيل : يلزمه سقوط حق البائع من الخيار الثابت في صلب العقد سابقاً على حق الشفيع .

قلنا : لا ، بل حقه باق ، فإن فسخ بطل البيع والشفعة ، وإن لم يفسخ حتى خرجت المدة تثبت الشفعة والبيع معاً .

قال الشيخ : إن كان الخيار للبائع أو له وللمشتري فلا شفعة ؛ لعدم انتقال الملك بمجرد العقد اليه ، وإن كان للمشتري وجبت الشفعة ؛ لانتقال الملك اليه بنفس العقد للزومه من جهة البائع ، لكن يطالب بعد انقضاء الخيار[5] ،

---

(١) السرائر: ٢٥٣ .

(٢) يظهر من الايضاح٢ : ١٩٩ أنه يذهب اليه حيث ينفي المقدمتين اللتين اعتمد عليهما من ينفي ثبوتها .

(٣) السرائر: ٢٥٠ .

(٤) المختلف: ٤٠٥ .

(٥) المبسوط٣ : ١٢٣ .

وكذا لو باع الشريك تثبت للمشتري الأول الشفعة وإن كان لبائعه خيار الفسخ ،

وتبعه ابن البراج[١] .

وكلام ابن الجنيد[٢] قريب من كلام الشيخ ، والأصح[٣] ثبوت الاستحقاق في الصور كلها لما قلناه، لكن ليس للشفيع الأخذ إلا بعد انقضاء الخيار مع عدم الفسخ ، وهذا هو مختار المصنف حيث قال : (ولا يسقط خيار البائع حينئذ) وكان عليه أن يقول : ولا يسقط خيار ذي الخيار حينئذ ، ولعله حاول بذلك الرد على ابن ادريس فإن ظاهره سقوط خيار البائع حينئذ[٤] .

ثم حكى عن المصنف : أن أخذ الشفيع يقع مراعى ، فإن فسخ البائع بطل الأخذ وإلا صح ، قال : ولا أعلم به قائلاً .

ثم قال قال الشيخ : وإن اختص به المشتري تثبت الشفعة ، وله المطالبة بها قبل انقضاء الخيار[٥] ويلزم من قول الفاضل أن تكون المطالبة مراعاة .

ويمكن القول بأن الأخذ يبطل خيار المشتري كما لو أراد الرد بالعيب فأخذ الشفيع ، ولأن الغرض الثمن وقد حصل من الشفيع ، إلا أن يجاب بأن المشتري يريد دفع الدرك عنه .

قوله : (وكذا لو باع الشريك تثبت للمشتري الأول الشفعة وإن كان لبائعه خيار الفسخ) .

أي : لو باع الشريك الآخر الذي لم يبع حصته ، وهو الشفيع حيث لم

---

(١) المهذب١ : ٤٥٥ .

(٢) نقله عنه في المختلف: ٤٠٥ .

(٣) في «ق»: فالاقرب.

(٤) السرائر: ٢٥٠ .

(٥) الخلاف٢ : ١١٠ مسألة٢١ كتاب الشفعة.

فإن فسخ بعد الأخذ فالمشفوع للمشتري ، وإن فسخ قبله فلا حق للبائع ، وفي المشتري اشكال .

يأخذ بالشفعة ، وذلك في صورة ما اذا اشتمل البيع الأول على خيار فللمشتري الأول ـ وهو الذي اشتمل بيعه على الخيار ـ الأخذ بالشفعة؛ لأنه شريك حقيقة وإن كان بيعه مشتملاً على خيار ، إذ لا منافاة بين ثبوت الخيار وكونه مالكاً المتقضي لكونه شريكاً .

قوله : (فإن فسخ بعد الأخذ فالمشفوع للمشتري ، وإن فسخ قبله فلا حق للبائع ، وفي المشتري اشكال) .

أما اذا فسخ صاحب الخيار بعد الأخذ فوجه كون المشفوع للمشتري انه في وقت الأخذ كان شريكاً فاستحق الشفعة ، فلما أخذ عن استحقاق وصار مالكاً حقيقة فلا يضر طروء الفسخ المزيل للملك كما لو زال بسبب آخر .

وأما اذا كان الفسخ قبل الأخذ فوجه عدم استحقاق البائع ـ اعني البائع الأول الذي عاد اليه الملك بالفسخ ـ أنه لم يكن شريكاً في وقت البيع الثاني ، وشرط الاستحقاق للشفعة ثبوت الشركة في وقت البيع .

وهل يستحق المشتري؟ ـ يعني المشتري الأول وهو الذي فسخ بيعه ـ اشكال ينشأ : من سبق ثبوته والأصل بقاؤه ، ومن زوال سبب الاستحقاق قبل الأخذ فيزول الاستحقاق ، وهو الأصح .

فعلى هذا يشترط لثبوت الشفعة كونه شريكاً وقت البيع ووقت الأخذ ، فلو باع الشريك استحقاقه بعد بيع شريكه لم يستحق شفعة ولو كان جاهلاً ، وسيأتي إن شاء الله تعالى أن فيه وجهين .

واعلم أن عبارة المصنف تشعر بأن استحقاق الشفعة للمشتري الأول مع الخيار إنما هو حيث يكون الخيار للبائع ، إذ العطف؛ بـ(ان) الوصلية يقتضي أن يكون هذا هو الفرد الأخفى ، مع أن ثبوت الشفعة اذا كان الخيار للمشتري

الفصل الثاني: في الآخذ والمأخوذ منه .

أما الآخذ : فكل شريك متحد بحصة مشاعة قادر على الثمن ، فلا تثبت لغير الشريك الواحد على رأي ،

اخفى ، خصوصا اذا طرأ الفسخ من قبله .

وأما أن لا يكون العطف صحيحاً ، أو يكون المراد عدم ثبوت الشفعة للمشتري اذا كان له خيار ، والظاهر أنه لا فرق بين أن يكون الخيار له أو لا ، وعلى قول الشيخ بعدم انتقال المبيع إلا بعد انقضاء خيار البائع[١] فيجب أن يكون الخيار له لبقاء الشركة ولو فسخ فأولى .

قوله : (فكل شريك متحد بحصة مشاعة قادر على الثمن فلا تثبت لغير الشريك الواحد على رأي) .

هذا هو المشهور وكاد يكون اجماعاً ، وادعاه ابن ادريس[٢] ، وتدل عليه صحيحة ابن سنان ، عن الصادق عليه السلام : « لا تكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يتقاسما ، فاذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة »[٣] .

وقال ابن الجنيد[٤] ، والصدوق بثبوتها مع الكثرة[٥]؛ لروايات

---

(١) المبسوط٣ : ١٢٣ .

(٢) السرائر: ٢٥٠ .

(٣) الكافي٥ : ٢٨١ حديث٧ ، التهذيب٧ : ١٦٤ حديث٧٢٩ ، الاستبصار٣ : ١١٦ حديث٤١٢ .

(٤) المختلف: ٤٠٣ .

(٥) الفقيه٣ : ٤٦ ، علما بان الصدوق فصل حيث شرط الشفعة بين شريكين في الحيوان خاصة ، وأما في غير الحيوان فالشفعة واجبة للشركاء وان كانوا اكثر من اثنين .

وقال في المفتاح٦ : ٣٣١ : وقد نُسب اليهما معا ثبوتها مع الكثرة من دون تفصيل : ابو العباس في المقتصر والمهذب ، والمحقق الثاني في جامع المقاصد وغيرهما . وحكى المصنف في المختلف وولده عن ابي علي ثبوتها مع الكثرة ، وحكيا عن الصدوق في الفقيه التفصيل المذكور .

ولا للعـاجـز ، ولا الممـاطـل والهارب .

ضعيفة[1] ، لا تنهض حجة مع معارضتها باقوى منها ، والمذهب الأول .

قوله : (ولا للعاجز ولا المماطل والهارب) .

اشتراط القدرة على الثمن يقتضي أن لا شفعة للعاجز ، ويتحقق العجز باعترافه ، وهل يتحقق بفقره واعساره؟ فيه نظر؛ لإمكان أن يحصله بقرض ونحوه فينتظر به الثلاثة .

والمراد بـ (المماطل) : القادر على الأداء ولا يؤدي ، وهل يتحقق كونه مماطلاً قبل الثلاثة؟ ظاهر اطلاقهم يقتضي ذلك ، ولإشعار رواية ابن مهزيار عن الجواد عليه السلام : بانتظاره ثلاثة أيام حيث لم ينض الثمن[2] .

أما الهارب فإن كان قبل الأخذ فلا شفعة له ، وإن بعده فللمشتري الفسخ ، ولا يتوقف على الحاكم كما صرح به في التحرير[3]؛ لعموم : « لا ضرر ولا ضرار »[4] ، ولأن الأخذ لما كان مبنياً على القهر لم يلزم المشتري حكمه ، بخلاف ما اذا هرب المشتري عن أداء ثمن المبيع .

إن قيل : من اين دخل المماطل والهارب في مفهوم المخالفة في قوله : (قادر على الثمن)؟

قلنا : باعتبار المقصود من القدرة ، وهو بذل الثمن ، إذ لا أثر للقدرة المجردة ، فعبّر عن المسبب بالسبب ، والمراد بالثمن هنا : المثل أو القيمة كما لا يخفى .

---

(١) انظر: الفقيه: ٣: ٤٥ حديث١٥٥، ١٥٦.

(٢) التهذيب٧: ١٦٧ حديث٧٣٩.

(٣) تحرير الاحكام٢ : ١٤٥.

(٤) الكافي٥ : ٢٩٢ حديث٢ ، الفقيه٣: ٤٥ حديث١٥٤ ، التهذيب٧: ١٦٤ حديث٧٢٧، سنن ابن ماجة٢ : ٧٨٤ حديث ٢٣٤٠ ، ٢٣٤١ ، مسند أحمد١ : ٣١٣ و٥: ٣٢٧، سنن الدارقطني٤: ٢٢٧ حديث٨٣.

فإن ادّعى غيبة الثمن أُجّل ثلاثة أيام ، فإن أحضره وإلاّ بطلت شفعته بعدها .

ولو ذكر أنه في بلد آخر أُجّل بقدر وصوله منه وثلاثة أيام بعده ما لم يستضر المشتري .

قوله : (فإن احضره وإلا بطلت شفعته بعدها) .

أي : إن احضر الثمن على رأس الثلاثة فهو احق ، وإلا بطلت شفعته بعد مضيها إن لم يكن أخذ ، فإن اخذ فللمشتري الفسخ .

ثم إن ابتداء الثلاثة من حين البيع أم من حين علمه به؟ ظاهر الرواية تشعر بالثاني ؛ لأن فيها : فذهب على أن يحضر المال فلم ينض ، فقال عليه السلام : « إن كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة أيام »[1] . فإن المتبادر من ذلك انتظار ثلاثة أيام من حين ذهابه لاحضار المال ، وذهابه لذلك واجب على الفور كما كان أخذه فورياً من حين العلم ، وتعتبر الثلاثة ملفقة ولو وقع البيع في خلال اليوم .

وهل تعتبر الليالي بحيث يلفق ثلاثة أيام وثلاث ليال؟ لا تصريح بذلك ، ولو قلنا : إن مسمى اليوم شامل لليلة اعتبرت ، نعم لو وقع البيع أول الليل فالليالي داخلة هنا تبعاً .

قوله : (ولو ذكر أنه في بلد آخر أُجّل بقدر وصوله . . .) .

أي : لو ذكر الشفيع أن الثمن في بلد آخر أُجّل مقدار ما يسافر الى تلك البلدة ويعود ، ملحوظاً في ذلك حصول الرفيق إن احتيج اليه عادة والظاهر أنه لا يجب عليه استئجار الرفقاء لذلك بل ينتظر حصولهم كما هو المستمر في العادة .

---

(١) التهذيب٧ : ١٦٧ حديث٧٣٩ .

فإن كان المشتري مسلماً اشترط في الشفيع الإسلام وإن اشتراه من ذمي ، وإلاّ فلا .

وللأب وإن علا الشفعة على الصغير والمجنون وإن كان هو المشتري لهما ، أو البائع عنهما على اشكال ،

وهل يستثنى له وقت تكون فيه في ذلك البلدة زيادة؟ الظاهر لا ؛ لاندفاع الحاجة بالثلاثة الأيام ، وهذا اذا لم يتضرر المشتري بالصبر ، ويتحقق تضرره بطول المسافة بما لم تجر العادة بمثله ، فحينئذ إنما يثبت التأجيل بما ذكر اذا لم يلزم طول كثير لم تجر العادة بمثله ، كسفر من العراق الى الشام ، ونحو ذلك ، والمحكم في ذلك العرف .

قوله : (فإن كان المشتري مسلما اشترط في الشفيع الاسلام وإن اشتراه من ذمي ، وإلاّ فلا) .

لما كان الشفيع إنما يأخذ من المشتري اشترط اسلام الشفيع إن كان المشتري مسلماً؛ لأن الشفعة حق قهري فلا تثبت للكافر على المسلم لقوله تعالى : ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾[1] سواء كان البائع مسلماً أو ذمياً ، وإن لم يكن المشتري مسلماً لم يشترط اسلام الشفيع وإن كان البائع مسلماً .

قوله : (وللأب وإن علا الشفعة على الصغير والمجنون وإن كان هو المشتري لهما أو البائع عنهما على اشكال) .

لا ريب أن للأب وإن علا الشفعة على الولد للعموم ، ولا بحث في البالغ العاقل ، إنما الكلام في الصبي والمجنون اذا كان هو المشتري لهما أو البائع عنهما ، فإن فيه اشكالاً عند المصنف ينشأ : من أن ايقاع العقد يتضمن الرضى به وذلك مسقط للشفعة ، ومن أن ايقاع العقد المذكور تمهيد للأخذ

---

(١) النساء: ١٤١.

وكذا الوصي على رأي ، والوكيل .

بالشفعة وتحقيق لسببه ، فلا يكون الرضى به مسقطاً لها ، إذ الرضى بالسبب من حيث هو سبب يقتضي الرضى بالمسبب فكيف يسقط .

ولا يتخيل أن البيع أو الشراء المذكورين مع ارادة الشفعة لا يقعان صحيحين ، إذ لا غبطة للصغير[1] والمجنون في ذلك؛ لأن الفرض صحة التصرف ، وهو مقيّد بالمصلحة فمتى وجدت صح . وإلا فلا ، والأصح الثبوت .

وهل يستحق الولد على والده شفعة ، فيأخذ منه لو كان مشترياً؟ فيه احتمالان ، وفي الاستحقاق قوة .

قوله : (وكذا الوصي على رأي) .

أي : له الأخذ بالشفعة اذا باع أو اشترى لمن هو مولى عليه ، خلافاً للشيخ فإنه جوّز في الأب والجد له ذلك ، ومنع في الوصي اذا باع مال المولى عليه[2] إذ لا يؤمن[3] أن يترك النظر والاستقصاء ، وتسامح في البيع ليأخذ بالثمن والنجش ، كما أنه لا يمكن من بيع ماله لنفسه بخلاف الأب والجد له؛ لأن ولايتهما اقوى وشفعتهما اكثر ، ويجوز لكل منهما أن يبيع من نفسه . والأصح الجواز؛ لأن الفرض وقوع البيع على الوجه المعتبر فلا يرد ما ذكره ، ولو رفع الأمر الى الحاكم فباع فأخذ بالشفعة فلا بحث في الصحة .

قوله : (والوكيل) .

أي : في الشراء أو في البيع له أن يأخذ بالشفعة لنفسه قولاً واحداً بخلاف الوصي؛ لأن الموكل ناظر لنفسه يعترض ويستدرك إن وقف على تقصير

---

(١) في «م»: للطفل.

(٢) المبسوط٣: ١٥٨.

(٣) في «م»: لا يؤمن عليه.

وتثبت للصغير والمجنون ، ويتولى الأخذ عنهما الولي مع المصلحة ، فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة ، إلّا أن يكون الترك اصلح .

الوكيل ، والصبي عاجز عن ذلك . واستشكل ذلك المصنف في التذكرة بأنه كيف تتحقق الشفعة مع قصد البيع ورضاه به[١] ، وجوابه يعرف مما سبق .

قوله : (وتثبت للصغير والمجنون ويتولى الأخذ عنهما الولي مع المصلحة ، فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة ، إلا أن يكون الترك اصلح) .

لا شبهة في ثبوت الشفعة بشروطها للصغير والمجنون ، وبه رواية عن علي عليه السلام[٢] ، ويتولى الأخذ عنهما الولي بشرط المصلحة كسائر التصرفات ، فلو ترك في موضع الثبوت فلهما بعد الكمال المطالبة ، ولو ترك لانتفاء[٣] المصلحة فلا شفعة فليس لهما بعد الكمال المطالبة .

واعلم ان قوله : (فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة ، إلا أن يكون الترك اصلح) يقتضي أنه لو جهل الحال لهما المطالبة بعد الكمال؛ لشمول قوله : (فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة) لذلك ، إذ لو قيّد بثبوت المصلحة لم يكن الأستثناء متصلاً ، وهو خلاف الظاهر ، وفي استحقاقهما المطالبة والحال هذه نظر؛ لأن المطالبة فرع الثبوت حينئذ ، والثبوت إنما يتحقق مع المصلحة ، والغرض جهالة الحال فلا مقتضى للثبوت ، وهذا وجيه .

---

(١) التذكرة١ : ٥٩٢ .

(٢) الكافي٥ : ٢٨١ حديث٦، التهذيب٧ : ١٦٦ حديث٧٣٧. قال في المفتاح٦ : ٣٣٦ : وهو وان خص اليتيم والغائب الا انه لا قائل بالفصل بين الصبي والمجنون، بل والسفيه . . . وقد سمعت ما في جامع المقاصد من جعل الصبي والمجنون من سنخ واحد حيث نسب ذلك الى الرواية.

(٣) في «ق»: لانقضاء.

ولو أخذ الولي مع اولوية الترك لم يصح ، والملك باق للمشتري .

وتثبت للغائب والسفيه والمكاتب وإن لم يرض المولى ، ويملك صاحب مال القراض بالشراء لا بالشفعة إن لم يكن ربح أو كان ؛ لأن العامل لا يملكه بالبيع وله الأجرة .

قوله : (ولو أخذ الولي مع اولوية الترك لم يصح والملك باق للمشتري) .

لا ريب أنه لو أخذ مع عدم المصلحة لا يصح الأخذ؛ لأن فعله مقيد بالمصلحة وقوله : (والملك باق للمشتري) يمكن أن يكون من تتمة قوله : (ولو أخذ . . .) ، ويمكن أن يكون من تتمة قوله : (فلو ترك فلهما المطالبة بعد الكمال) فيكون جواباً عن سؤال مقدر تقديره : انه لو ثبت الاستحقاق بعد الكمال لكان الأخذ إنما هو بالعقد السابق ، فينكشف ان الملك لم يكن للمشتري .

وجوابه : أن الملك باق للمشتري ، والأخذ إنما يفيد الملك من حينه ، كذا في بعض حواشي الشهيد . وليس بشيء؛ لأن العبارة تأباه ، وكلام التذكرة[1] يشهد بأن هذا من تتمة قوله : (ولو أخذ . . .) .

قوله : (ويثبت للغائب والسفيه والمكاتب وإن لم يرض المولى) .

للعموم ، وقد انقطعت سلطنة المولى عن المكاتب ، وإنما يأخذ للسفيه وليه .

قوله : (ويملك صاحب مال القراض بالشراء لا بالشفعة إن لم يكن ربح ، أو كان؛ لأن العامل لا يملكه بالبيع وله الأجرة) .

أي : لو اشترى العامل بمال المضاربة شقصاً لرب المال فيه شركة ملك

---

(١) التذكرة١ : ٥٩٢ .

. . . .

رب المال الشقص بالشراء لا بالشفعة؛ لأنه مشترٍ بعين ماله فلا يقع الشراء إلا له ، ولا يجوز أن يستحق أن يملك ملكه ، بخلاف الجناية الموجبة للقصاص فإنها ليست مالاً ، سواء لم يكن هناك ربح اصلاً أو كان؛ لأن العامل لا يملك الربح بالبيع ، إذ البيع إنما يقع للمالك لأنه بماله ، بل يملكه إما بالبيع بعد الظهور أو بالانضاض وله الأجرة على المالك .

وفي حواشي شيخنا الشهيد : أن في ذلك نظراً؛ لأنه سيجيء في فتوى المصنف أن الربح يملك بالظهور ، وحينئذ فيملك العامل بقدر حصته من الشقص فيكون شريكاً . ثم اجاب بما لا يدفع السؤال ، ثم اعترف بورود السؤال .

وفي التذكرة حكى عن بعض الشافعية وجهاً ثالثاً في هذه المسألة ، وهو أن للمالك أن يأخذ بحكم فسخ المضاربة؛ لأنه لما امتنع استحقاقه الشفعة لم يثبت ، أما استحقاقه قطع سلطنة العامل عن الشقص فإنه ممكن ، فلا يلزم من انتفاء الشفعة لامتناعها انتفاء هذا ، كما نقول : اذا جنى المرتهن على عبد آخر للمولى كان له فكه من الرهن بسبب الجناية ، وحينئذ فيكون له على المولى أجرة المثل عن عمله لكونه محترما ، سواء ظهر ربح أم لا[1] .

ويرد عليه أن فسخ المالك اذا طرأ على المضاربة لا يسقط استحقاق العامل من الربح الذي قد ثبت استحقاقه؛ لأن الفسخ إنما يؤثر بالنسبة الى مستقبل الزمان لا فيما مضى ، فيجب أن يقال : إن ظهر ربح فللعامل حقه منه إن قلنا بملكه بالظهور ، وإلا فله الأجرة وهو المطابق لما في الدروس[2] .

لكن يرد عليه أيضاً ان هذا الحكم ثابت في جميع اقسام المضاربة ، فلا خصوصية لكون الشقص مشفوعاً في ثبوت الفسخ .

---

(١) التذكرة١ : ٦٠٠.

(٢) الدروس: ٣٨٧.

وأما المأخوذ منه : فهو كل من تجدد ملكه بالبيع ، واحترزنا بالتجدد عن شريكين اشتريا دفعة .

ويمكن الجواب عن السؤال الأول : بأن العامل وإن استحق الحصة من الربح بالظهور إلا أن استحقاق الاختصاص بالعين بسبب الشركة سلط المالك على قطع استحقاقه من العين ، فإن الشركة هنا إن لم تكن موجبة لاستحقاقه التملك؛ لكونه (مالكاً)[1] حقيقة،فلتكن دافعة لتملك العامل بعض العين .

ومتى فات حقه من الربح استحق أُجرة المثل ، ولو لم يظهر ربح ففي استحقاقه الأُجرة الى حين الفسخ كلام يأتي إن شاء الله تعالى ، وهذا لابأس به .

اذا عرفت ذلك فقول المصنف : (لأن العامل لا يملكه بالبيع) تعليل لقوله : (ويملك صاحب مال القراض بالشراء لا بالشفعة) على تقدير الربح ، ومعناه أن استحقاق العامل متأخر عن العقد فلا يمكن اخذه بالشفعة ، وفيه تنبيه على (الاستحقاق بها واختصاص العين)[2] من دون العامل وإن ظهر ربح ؛ لأن حق المالك ـ وهو الاختصاص بسبب الشركة ـ اسبق فلا يزيله حق العامل الطارىء ، بل للمالك فسخ استحقاقه وينتقل الى أُجرة المثل ، وهذا هو تحقيق هذا المحل .

قوله : (وأما المأخوذ منه : فهو كل من تجدد ملكه بالبيع ، واحترزنا بالتجدد عن شريكين اشتريا دفعة) .

في كون هذا احترازا عن شراء الشريكين دفعة مناقشة؛ لأن كلاً منهما يصدق عليه الضابط المذكور ، وهو انه تجدد ملكه بالبيع ، ولو قال : وهو كل من تجدد ملكه بالبيع لشقص من عقار مشترك لكان أولى .

---

(١) لم ترد في «ق».
(٢) في «ق»: استحقاق الغير.

ولو باع المكاتب شقصاً بمال الكتابة ثم فسخ السيد الكتابة للعجز لم تبطل الشفعة .

ولو اشترى الولي للطفل شقصاً في شركته جاز أن يأخذ بالشفعة ،

قوله : (ولو باع المكاتب شقصاً بمال الكتابة ، ثم فسخ السيد الكتابة للعجز لم تبطل الشفعة) .

أي : لو باع المكاتب سيده شقصاً من مشترك بمال الكتابة الذي في ذمته للسيد ، ثم فسخ السيد الكتابة لعجز المكاتب لم تبطل الشفعة للشريك الثابتة بالبيع وإن ملك السيد جميع ما في يد المكاتب حينئذ لعوده الى الرق؛ لأن التصرفات[1] السابقة منه كانت صحيحة معتبرة ، وقد انقطعت سلطنة السيد عنه حينئذ .

لا يقال : بالفسخ بطلت الكتابة فيبطل العوض الذي هو ثمن المبيع فيبطل البيع ، فكيف تثبت الشفعة؟

لأنا نقول : بطلان الكتابة حين الفسخ لا قبله ، فلا يبطل البيع السابق .

واحتمل المصنف في التحرير بطلانها لخروجه عن كونه مبيعاً[2] ، وفيه منع . ويحتمل أن تكون الباء للسببية ، بأن يكون بيع المكاتب بسبب مال الكتابة لشخص آخر فتثبت الشفعة بهذا البيع للسيد إن كان هو الشريك ، أو غيره على المشتري إن كان هو السيد أو غيره .

وجعله شيخنا الشهيد في حواشيه أولى ؛ لأن البيع بمال الكتابة لا يتم إلا اذا أُريد به البيع ببعضه . وليس بواضح ؛ لامكان البيع بجميع نجوم الكتابة بعد الحلول .

قوله : (ولو اشترى الولي شقصاً للطفل في شركته جاز أن يأخذ

---

(١) في «ق» و«م» : تصرفات .

(٢) تحرير الأحكام ٢ : ١٥٤ .

ولو حابى في مرض الموت فإن خرج من الثلث أخذه الشفيع بالمسمى ، وإلّا ما يخرج منه بالنسبة

بالشفعة) .

نزّل شيخنا الشهيد في حواشيه هذا التكرار على أحد أمرين : تخصيص الاشكال السابق بالبيع ، والرجوع عن الإشكال الى الجزم فتكون فائدته ذلك ، وهو تكلف بيّن

قوله : (ولو حابى في مرض الموت فإن خرج من الثلث أخذه الشفيع بالمسمى ، وإلا ما يخرج منه بالنسبة) .

أي : لو باع المريض بيعاً فيه محاباة ـ وهي العطية ـ أي : باع بيعاً مشتملاً على عطية بأن باع بدون ثمن المثل ، فإن خرجت المحاباة من الثلث ـ بناء على أن تبرعات المريض إنما تكون من الثلث ـ فالبيع صحيح ويأخذ الشفيع بالمسمى .

وإن لم تخرج من الثلث فما يخرج منه بنسبته من الثمن على أصح الوجهين ، فلا يبطل من المبيع شيء إلا ويبطل من الثمن ما يقابله ، فتكون المسألة دورية حيث أنه لا يعرف قدر ما يصح فيه من المبيع ، إلا بعد أن يعرف قدر التركة ليخرج المحاباة من ثلثها ، ولا يعرف ذلك إلا اذا عرف قدر الثمن ؛ لأنه محسوب من التركة لانتقاله الى ملك المريض بالبيع .

فلو باع ما قيمته مائتان ـ وهو تمام تركته ـ بمائة فطريقه أن نقول : صح البيع في شيء من الشقص بنصف شيء من الثمن ، وهو شيء قيمته نصف شيء ، فقد حابى بنصف شيء هو ثلث التركة فيجب أن يبقى مع الورثة ضعفه ، فيجب أن يبسط المبيع على شيء ونصف ، فالشيء ثلثاه فيصح البيع في ثلثيه بثلثي الثمن .

وإن كان الوارث الشفيع وللولي البائع عن أحد الشريكين الأخذ للآخر، وكذا الوكيل لهما .

والوجه الآخر أن يصح البيع في ثلث التركة، وما قابل الثمن بمثل[١] الثمن، فيصح البيع في خمسة اسداس الشقص بكل الثمن، وليس للمشتري الجاهل الفسخ لتبعض الصفقة حينئذ، إلا اذا لم يأخذ[٢] الشفيع بالشفعة، قاله في التذكرة[٣] .

ولا فرق بين أن يكون الشفيع وارثاً أو لا عندنا؛ لأن المحاباة للوارث جائزة عندنا خلافاً للعامة، فلذلك اختلفوا : فمنهم من حكم بصحة البيع ومنع الشفعة، ومنهم من منعهما، ومنهم من اثبتهما، ومنهم من اثبت الشفعة بمقدار[٤] الثمن فقط، وكل هذا ساقط عندنا .

والى ذلك اشار بقوله : (وإن كان الوارث الشفيع) .

ولو عكس فقال : وإن كان الشفيع الوارث لكان أوفق لمراده، إذ المراد : اثبات الحكم للشفيع على تقدير كونه وارثاً، لا للوارث على تقدير كونه شفيعاً .

قوله : (وللولي البائع عن أحد الشريكين الأخذ للآخر، وكذا الوكيل لهما) .

مع مراعاة المصلحة، ولا يرد الاشكال بالرضى؛ لأنا قد اجبنا عنه . والمراد بـ(الوكيل) : من كان له نيابة الأخذ إما لعموم التوكيل، أو لشمول الوكالة للأخذ بالشفعة، إذ الوكيل في البيع ينعزل بفعله .

---

(١) في «م» : بكل .

(٢) في «ق» : يأذن .

(٣) التذكرة ١ : ٥٩٣ .

(٤) في «م» : في مقدار .

ولو بيع شقص في شركة حمل لم يكن لوليه الأخذ بالشفعة إلاّ بعد أن يولد حياً .

ولو عفا وليّ الطفل مع غبطة الأخذ كان للولي أيضاً المطالبة على اشكال ينشأ : من أدائه الى التراخي ، بخلاف الصبي عند بلوغه لتجدد الحق له حينئذ .

ولو ترك لاعسار الصبي لم يكن له الأخذ بعد يساره ، ولا للصبي .

قوله : (ولو بيع شقص في شركة حمل لم يكن لوليه الأخذ بالشفعة إلا بعد أن يولد حياً) .

أما عدم الأخذ له إذا كان حملاً فلعدم تيقن حياته ولا ظنها بالاستناد الى الاستصحاب ، وأما أخذه بعد أن يولد فلعموم دلائل الشفعة . ويحتمل العدم ؛ لأن الحمل لا يملك بالابتداء إلا الارث بالوصية فلا يمكن إنشاء ملك له . ويشكل بأنه لو لم يمكن له صلاحية الملك لم يرث ، ومختار المصنف هنا هو مختاره في التذكرة[1] ، وفيه قوة ، وتردد في الدروس[2] .

قوله : (ولو عفا ولي الطفل مع غبطة الأخذ كان للولي أيضاً المطالبة على اشكال ينشأ من أدائه الى التراخي ، بخلاف الصبي عند بلوغه لتجدد الحق له حينئذ) .

ومن أن الحق ثابت للطفل ، والفرض بطلان العفو ، فللولي المطالبة به كسائر الحقوق ، وتقصيره بالتراخي لا يسقط حق الطفل ، والحق لا يتجدد للصبي عند البلوغ وإنما المتجدد أهلية الأخذ والحق ثابت قبل ذلك ، والأصح أن له المطالبة .

قوله : (ولو ترك لاعسار الصبي لم يكن له الأخذ بعد يساره ولا

---

(١) التذكرة١ : ٦١٠.

(٢) الدروس: ٣٨٧.

والمغمى عليه كالغائب

وللمفلس الأخذ بالشفعة ، وليس للغرماء الأخذ بهـا ، ولا اجباره عليه ، ولا منعه منه وإن لم يكن له فيها حظ ، نعم لهم منعه من دفع المال ثمناً فيها ،

للصبي) .

إذ لا حق حينئذٍ ؛ لعدم الاستحقاق من وقت البيع فليس له المطالبة ولا للصبي .

قوله : (والمغمى عليه كالغائب) .

وإن تطاول الاغماء ، ولا ولاية لأحد عليه فلا يتصور الأخذ عنه .

قوله : (وللمفلس الأخذ بالشفعة) .

للعموم الشامل له ، وربما رضي الغرماء بدفع الثمن أو المشتري بذمته .

قوله : (وليس للغرماء الأخذ بها) .

إذ لا ملك لهم ، ولا له قبل الأخذ ليثبت لهم استحقاقه .

قوله : (ولا اجباره عليه ، ولا منعه منه وإن لم يكن له فيها حظ) .

أي : ولا لهم اجباره على الأخذ ، إذ لا يجب عليه الاكتساب لهم ولا منعه من الأخذ ، لأن ذلك حق له ، وليس من لوازمه التصرف في الاموال التي تعلقت حقـوقهم بها ، فـلا تعلق لهم بذلـك وإن لم يكن له في الأخـذ حظ وغبطة .

قوله : (نعم لهم منعه من دفع المال ثمناً فيها) .

أي : في الشفعة ، لسبق تعلق حقوقهم بالأموال السابقة والمتجددة ولو بهبة واكتساب كما سبق[1] .

---

(١) في «م» : على ما سبق.

فإن رضي الغرماء بالدفع أو المشتري بالصبر تعلق حق الغرماء بالمشفوع وإلاّ كان للمشتري الانتزاع ، وللعبد المأذون في التجارة الأخذ بالشفعة ، ولا يصح عفوه .

ولو بيع شقص في شركة مال المضاربة فللعامل الأخذ بها مع عدم الربح

قوله : (فإن رضي الغرماء بالدفع ، أو المشتري بالصبر تعلق حق الغرماء بالمشفوع ، وإلا كان للمشتري الانتزاع) .

أي : إذا أخذ فإن رضي الغرماء بدفع الثمن من أمواله فقد استقر ملكه ، وكذا لو رضي المشتري بالصبر فيتعلق حق الغرماء على كل من التقديرين بالمشفوع ؛ لتعلق حقهم بما يتجدد له من المال ، وإلا ـ أي : وإن انتفى الأمران ـ فللمشتري الانتزاع للضرر بأخذ الملك منه قهراً من غير دفع ثمن .

قوله : (وللعبد المأذون في التجارة الأخذ بالشفعة) .

لأنه من جملة اقسام التجارة .

قوله : (ولا يصح عفوه) .

بخلاف الوكيل فإن له أن يفعل ما تقتضيه المصلحة اذا كان وكيلاً عاماً ، فإذا عفا مع المصلحة لم يكن للموكل المطالبة ، صرح به في التذكرة[1] . والفرق أن الاذن للعبد استخدام له ، وهو أضعف من التوكيل ، ولهذا ينعزل بالاباق .

قوله : (ولو بيع شقص في شركة مال المضاربة فللعامل الأخذ بها مع عدم الربح) .

إذ لا مانع حينئذٍ ، لانتفاء تكثر الشركاء ، وكونه نائباً للمالك في التصرف

---

(١) التذكرة١ : ٥٩٨.

ومطلقاً إن اثبتناها مع الكثرة ، فإن تركها فللمالك الأخذ .

وقيل : تثبت مع الكثرة ، فقيل : على عدد الرؤوس ، وقيل : على قدر السهام . فروع على القول بالثبوت مع الكثرة :

بمال المضاربة بكل ما يشتمل على الغبطة .

قوله : (ومطلقاً إن أثبتناها مع الكثرة) .

أي : وله الأخذ مع عدم الربح ، ومعه على القول بثبوت الشفعة مع الكثرة لا بدونه بالنسبة الى الأمر الثاني ؛ لأنه مع الربح يكون شريكاً للمالك في الشقص فيتعدد الشركاء .

قوله : (فإن تركها فللمالك الأخذ) .

أي : إن ترك العامل الشفعة على تقدير الثبوت فللمالك الأخذ ، ولا يسقط حقه بترك العامل ، ولو عفي مع المصلحة فهل هو كالوكيل ؟ يحتمل العدم ؛ لأن مطلق عقد القراض لا يقتضي عموم التصرفات ، إلا أن ينص له على ما يشمل ذلك .

قوله : (وقيل : تثبت مع الكثرة ، فقيل : على عدد الرؤوس ، وقيل : على قدر السهام) .

استطرد إلى ذكر الخلاف في ثبوت الشفعة مع الكثرة ، وإن كانت العبارة لا تخلو من سماجة ، فقال أكثر الأصحاب ـ وكاد يكون اجماعاً ، وادعاه ابن ادريس[1] ـ : لا تثبت معها .

وقال ابن الجنيد ، والصدوق بالثبوت ، فقال ابن الجنيد : تثبت على قدر السهام لأن المقتضي للشفعة هو الشركة ، فاذا كانت أقوى كان أثرها أكثر[2] ،

---

(١) السرائر: ٢٥٠ .

(٢) المختلف: ٤٠٤ .

أ : لو كان لأحد الثلاثة النصف ، ولآخر الثلث ، وللثالث السدس فباع أحدهم فانظر مخرج السهام فخذ منها سهام الشفعاء ، فإذا علمت العدة قسمت المشفوع عليها ويصير العقار بين الشفعاء على تلك العدة ،

وقال الصدوق : على عدد الرؤوس[١] ، للرواية عن أمير المؤمنين عليه السلام : « إن الشفعة تثبت على عدد الرجال »[٢] . والأصحّ عدم الثبوت مع الكثرة ؛ للأخبار الصحيحة الدالة على ذلك[٣] .

ولو قلنا بالثبوت لكان قول الصدوق أوجه ؛ للرواية[٤] ، ولأن الشركة في البعض القليل سبب في استحقاق الكثير ، والأصل عدم التفاضل ، ولا دليل على ما ذكره .

قوله : (لو كان لواحد النصف ، ولآخر الثلث ، وللثالث السدس فباع أحدهم فانظر مخرج السهام فخذ منها سهام الشفعاء ، فاذا علمت العدة قسمت المشفوع عليها ، ويصير العقار بين الشفعاء على تلك العدة) .

هذا ضابط لاستخراج حق كل واحد من الشفعاء على رأي ابن الجنيد[٥] . وتحقيقه : أن ينظر الى مخرج سهام جميع الشركاء فيأخذ منها سهام الشفعاء ، فإذا علمت عدتها ـ أي : عدة سهام الشفعاء ـ قسمت المشفوع عليها ويصير بعد ذلك العقار كله بين الشفعاء على تلك العدة ، أعني عدة سهام الشفعاء . إذا عرفت ذلك فسهام الشركاء في المثال المذكور ستة ، وذلك لأنها مخرج السدس ومخرج الثلث ومخرج النصف داخلان .

---

(١) الفقيه٣: ٣٦ ذيل الحديث١٦٢ .

(٢) الفقيه٣: ٤٥ حديث١٥٥، ١٥٦ .

(٣) منها ما في الكافي٥: ٢٨١ حديث٧، التهذيب٧: ١٦٤ حديث٧٢٩، الاستبصار٣: ١١٦ حديث٤١٢ .

(٤) المصدر السابق .

(٥) المختلف: ٤١٤ .

فلو كان البائع صاحب النصف فسهام الشفعاء ثلاثة : اثنان لصاحب الثلث وللآخر سهم ، فالشفعة على ثلاثة ويصير العقار كذلك ، ولو كان صاحب الثلث فالشفعة ارباعاً : لصاحب النصف ثلاثة أرباعه وللاخر ربعه .

ولو كان صاحب السدس فهي بين الآخرين اخماساً : لصاحب النصف ثلاثة وللآخر سهمان ، وعلى الآخر يقسّم المشفوع نصفين .

قوله : (فلو كان البائع صاحب النصف فسهام الشفعاء ثلاثة : اثنان لصاحب الثلث وللآخر سهم ، فالشفعة على ثلاثة ، ويصير العقار كذلك) .

انما كان سهام الشفعاء ثلاثة لأن صاحب الثلث له سهمان من ستة هما الثلث ، ولصاحب السدس سهم ، فإذا أخذوا[1] النصف بالشفعة صار العقار بينهم كذلك ، أي أثلاثاً

قوله : (ولو كان صاحب الثلث فالشفعة أرباعاً : لصاحب النصف ثلاثة أرباعه ، وللآخر ربعه) .

أي : لو كان البائع صاحب الثلث فسهام الشفعاء أربعة : النصف وهو ثلاثة من ستة ، والسدس فالشفعة تكون أرباعاً ، ولآخر نصف لكل سهم من سهمي الثلث ، فتضرب اثنين في ستة تبلغ اثنا عشر ، لصاحب النصف ثلاثة أرباع الثلث وللآخر الربع فيكون العقار بينهم أرباعاً .

قوله : (ولو كان صاحب السدس فهي بين الأخيرين أخماساً : لصاحب النصف ثلاثة ، وللآخر سهمان) .

لأن سهامهما خمسة فيكون العقار بينهم اخماساً .

قوله : (وعلى الآخر يقسم المشفوع نصفين) .

أي : على القول الآخر ، وهو القسمة على عدد الرؤوس .

---

(١) في «ق» : اخذا.

ب : لو ورث أخوان أو اشتريا ، فمات أحدهما عن ابنين فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه وعمه .

ج : لو باع أحد الثلاثة من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري ، وقيل بالشركة ، وحينئذ لو قال المشتري : قد اسقطت شفعتي فخذ الكل أو اترك لم يلزم ؛ لاستقرار ملكه على قدر حقه ، فكان كما لو أخذا بالشفعة ثم عفا أحدهما عن حقه

قوله : (لو ورث اخوان أو اشتريا فمات أحدهما عن ابنين ، فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه وعمه) .

لكونهما شريكين ، وبعض العامة يخص الشفعة بالأخ لمشاركته البائع في سبب الملك[1] ، وليس بشيء فإن مدار الشفعة على الشركة .

قوله : (لو باع أحد الثلاثة من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري ، وقيل بالشركة ، وحينئذٍ لو قال المشتري : قد اسقطت شفعتي فخذ الكل أو اترك لم يلزم ، لاستقرار ملكه على قدر حقه ، فكان كما لو أخذا بالشفعة ثم عفا أحدهما عن حقه) .

أي : لو كان الشركاء ثلاثة فباع أحدهم من شريكه استحق الشريك الثالث الشفعة دون المشتري ؛ لأن الشفعة للانسان على نفسه غير معقولة ، لامتناع أن يستحق الانسان تملك ملك نفسه بالشفعة ، وهو قول الشيخ في الخلاف[2] . وقال فيه وفي المبسوط : يشتركان في الشفعة لاشتراكهما في العلة الموجبة لهما ، ولا يمتنع أن يستحق تملك الشقص بسببين البيع والشفعة ؛ لأن علل الشرع واسبابه لما كانت معرفات لم يمتنع اجتماع علتين على معلول واحد ، ولأن للشفعة اثراً وهو منع الشريك الآخر تملك مقدار

---

(١) ذهب اليه الشافعي في القديم، راجع: المجموع١٤: ٣٣٢، ٣٣٣.
(٢) الخلاف٢: ١١١ مسألة ٢٦ كتاب الشفعة.

د : لو عفا أحد الشركاء كان للباقي أخذ الجميع أو الترك ، سواء كان واحداً أو اكثر .

ولو وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة لبعض الشركاء أو غيره لم يصح ، ولو باع شقصاً من ثلاثة دفعة فلشريكه أن يأخذ من الثلاثة ومن اثنين ومن واحد ؛ لأنه بمنزلة عقود متعددة ، فإذا أخذ من واحد لم يكن للآخرين مشاركته ؛لعدم سبق الملك على استحقاق الشفعة .

مشفوعه بالشفعة ، ولامانع منه[1] ، واختاره المصنف في المختلف تفريعاً على القول بالثبوت مع الكثرة[2] ، وهو الأصح تفريعاً .

قوله : (لو عفا أحد الشركاء كان للباقي أخذ الجميع أو الترك ، سواء كان واحداً أو أكثر) .

لأنه لا يجوز تبعيض الصفقة على المشتري في الشقص المشفوع .

قوله : (ولو وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة لبعض الشركاء أو غيره لم يصح) .

لأنه لم يملك شيئاً ، وإنما ملك أن يملك .

قوله : (ولو باع شقصاً من ثلاثة دفعة فلشريكه أن يأخذه من الثلاثة ، ومن اثنين ، ومن واحد ؛ لأنه بمنزلة عقود متعددة) .

لأن الصفقة تتعدد بتعدد المشتري ، ومتى تعددت العقود كان بالخيار في الأخذ بالشفعة في الجميع والبعض .

قوله : (فاذا أخذ واحد لم يكن للآخرين مشاركته ؛ لعدم سبق الملك على استحقاق الشفعة) .

---

(١) المبسوط٣: ١٣٨.

(٢) المختلف: ٤٠٨.

ولو رتّب فللشفيع الأخذ من الجميع ومن البعض ، فإن أخذ من السابق لم يكن للّاحق المشاركة ، وإن أخذ من اللاحق شاركه السابق .

ويحتمل عدم المشاركة ، لأن ملكه حال شراء الثاني يستحق أخذه بالشفعة ، فلا يكون سبباً في استحقاقها ، فلو أخذ من الجميع لم يشاركه

وتملكهم إنما يثبت في زمان واحد ؛ لأن الغرض أن العقد للجميع واحد .

قوله : (ولو رتب فللشفيع الأخذ من الجميع ، ومن البعض) .

المراد بالشفيع : هو شريك البائع ، ووجه استحقاقه من الجميع أو البعض[1] تعدد الصفقة وكونه شريكاً عند كل بيع .

قوله : (فإن اخذ من السابق لم يكن للّاحق المشاركة) .

أي : إن أخذ من السابق بالشراء على غيره من الثلاثة لم يكن للاحق المشاركة ، لأنه لم يكن شريكاً في وقت شراء الأول فلا شفعة له .

قوله : (وإن أخذ من اللاحق شاركه السابق) .

لكونه شريكاً في وقت شراء السابق فيستحق الشفعة .

قوله : (ويحتمل عدم المشاركة ؛ لأن ملكه حال شراء الثاني يستحق أخذه بالشفعة فلا يكون سبباً في استحقاقها) .

أي : لأن ملك المشتري الأول ـ وهو السابق حال شراء الثاني ، وهو اللاحق له ـ مستحق للشفيع فلا يكون سبباً في استحقاق المشتري إياها . وليس بشيء ؛ لأن كونه ملكاً مستحقاً أخذه بالشفعة لا يخرجه عن كونه شريكاً ، ومدار ثبوت الشفعة على الشركة .

قوله : (ولو أخذ من الجميع لم يشاركه أحد) .

---

(١) في «م» : والبعض.

أحد .

ويحتمل مشاركة الأول الشفيع في شفعة الثاني ، ومشاركة الشفيع والأول والثاني في شفعة الثالث ؛ لأنه كان ملكاً صحيحاً حال شراء الثالث ، ولهذا يستحق لو عفا عنه ، فكذا اذا لم يعف لأنه استحق الشفعة بالملك لا بالعفو ، كما لو باع الشفيع قبل علمه

أما دفعة واحدة أو على الترتيب ، لكن قبل أن يأخذ معه أحد منهم على القول بثبوتها للسابق اعتباراً بشركته ، وذلك لخروجه عن كونه شريكاً قبل الأخذ بالشفعة فزال سبب الاستحقاق فيزول ؛ لاستحالة بقاء المسبب مع زوال سببه .

قوله : (ويحتمل مشاركة الأول الشفيع في شفعة الثاني ، ومشاركة الشفيع والأول والثاني في شفعة الثالث ؛ لأنه كان ملكاً صحيحاً حال شراء الثالث ، ولهذا يستحق لو عفا عنه ، فكذا اذا لم يعف ؛ لأنه استحق الشفعة بالملك لا بالعفو كما لو باع الشفيع قبل علمه) .

أي : ويحتمل فيما لو أخذ من الجميع قبل أخذ المستحق إن قلنا بالاستحقاق بقاء شفعته[1] ، وإن أخذ منه بالشفعة فيشترك الشفيع والمشتري الأول في شفعة الثاني ؛ لأنهما شريكان في وقت شراء الثاني ، ويشترك الشفيع والمشتري الأول والثاني في شفعة الثالث . ووجه هذا الاحتمال : أن الشقص كان ملكاً صحيحاً للأول حال شراء الثاني ، وله وللثاني حال شراء الثالث فيستحق به ، فإنه يستحق لو عفا عنه ، فكذا اذا لم يعف ، لأنه استحق الشفعة بالملك لا بالعفو والملك تحقق في الموضعين . ومثله ما لو باع الشفيع حصته قبل علمه بالشفعة ، فإن فيه وجهين سيأتيان إن شاء الله تعالى .

ويضعّف بأن الاستحقاق وإن كان بالملك إلا أن العفو عنه ، وعدم أخذ الشقص من يده بالشفعة قرره وأكد سببه ، وعدم العفو عنه والأخذ منه أزال سببه

---

(١) في «ق»: باستحقاق شفعة.

فحينئذ للشفيع سدس الأول وثلاثة ارباع سدس الثاني وثلاثة اخماس الثالث ، وللأول ربع سدس الثاني وخمس الثالث ، وللثاني خمس الثالث فتصح من مائة وعشرين : للشفيع مائة وسبعة ، وللأول تسعة ، وللثاني أربعة ،

فلا يستويان . ثم إن فرض الاستحقاق في هذه المواضع مشروط بعدم منافاة الفور على القول بالفورية .

قوله : (فحينئذٍ للشفيع سدس الأول وثلاثة أرباع سدس الثاني وثلاثة أخماس الثالث) .

أي : فحين اذا قلنا بالثبوت لكل من المشتري الأول والثاني وان أخذ منهم فللشفيع سدس الأول ، أي : سهمه الذي اشتراه ، أعني : ثلث النصف وهو سدس الأصل وثلاثة أرباع سدس الثاني ؛ لأن شريكه فيه الأول وسهمه سدس ، وسهم الشفيع نصف فتكون سهامهما أربعة ، فاذا وزع على السهام كان قسط الشفيع ثلاثة أرباع ، وكذا ثلاثة أخماس سهم الثالث ؛ لأن له شريكين الأول والثاني ولكل منهما سدس اذا جمعا الى ماله وهو النصف كانت السهام خمسة فنصيبه بالتوزيع ثلاثة أخماس .

قوله : (وللأول ربع سدس الثاني وخمس الثالث وللثاني خمس الثالث فيصح من مائة وعشرين للشفيع مائة وسبعة وللاول تسعة وللثاني أربعة) .

إنما كان للأول ربع سدس الثاني وخمس الثالث ؛ لأن شريكه في الأول هو الشفيع واستحق ثلاثة أرباع ، وفي الثاني شريكه الشفيع والثالث وللشفيع ثلاثة أخماس وللآخر خمس وله خمس الثالث ، وإنما كانت من مائة وعشرين ؛ لان مخرج السهام المبيعة ستة وقد انكسر السدس تارة في مخرج الربع وتارة في مخرج الخمس ، وهما متباينان ومضروبهما ـ وهو عشرون في ستة ـ مائة وعشرون ، للشفيع ستون بالشركة ، وعشرون سدس الأول ، وخمسة عشر ثلاثة

وعلى الآخر للأول نصف سدس الثاني وثلث الثالث ، وللثاني ثلث الثالث فتصح من ستة وثلاثين : للشفيع تسعة وعشرون ، وللأول خمسة ، وللثاني اثنان .

هـ :لو باع أحد الأربعة وعفا آخر فللآخرين أخذ المبيع .

ولو باع ثلاثة في عقود ثلاثة ، ولم يعلم الرابع ولا بعضهم ببعض فللرابع الشفعة في الجميع ،

أرباع سدس الثاني واثنا عشر ثلاثة اخماس سدس الثالث ، وذلك ما ذكره ومنه يعلم الباقي .

قوله : (وعلى الآخر للأول نصف سدس الثاني وثلث الثالث ، وللثاني ثلث الثالث فتصح من ستة وثلاثين ، للشفيع تسعة وعشرون ، وللأول خمسة ، وللثاني اثنان) .

أي : على القول الآخر : وهو أن الشفعة مع الكثرة على عدد الرؤوس للشفيع نصف سدس الثاني مع سدس الأول جميعه وثلث سدس الثالث ، وللأول والثاني ما ذكره فتصح من ستة وثلاثين ؛ لأن الأصل ستة وقد انكسر السدس تارة في مخرج النصف وتارة في مخرج الثلث وهما متباينان ، ومضروبهما ستة ، ومضروبها في الأصل ستة وثلاثون ، للشفيع بالشركة ثمانية عشر ، وبالشفعة ستة وثلاثة واثنان ، وذلك ما ذكره ، والباقي ظاهر .

قوله : (لو باع أحد الأربعة وعفا آخر فللآخرين أخذ المبيع) .

أي : بالشفعة لانحصار الشفعة فيهما.

قوله : (ولو باع ثلاثة في عقود ثلاثة ولم يعلم الرابع ولا بعضهم ببعض فللرابع الشفعة في الجميع) .

إنما قيّد بعدم علم بعضهم ببعض ؛ لأن من باع ملكه بعد علمه

وفي استحقاق الثاني والثالث فيما باعه الأول واستحقاق الثالث فيما باعه الثاني وجهان .

وفي استحقاق مشتري الربع الأول فيما باعه الثاني والثالث ، واستحقاق الثاني شفعة الثالث ثلاثة أوجه : الإستحقاق ؛ لأنهما مالكان حال البيع ، وعدمه ؛ لتزلزل الملك ، وثبوته للمعفو عنه خاصة ، فإن أوجبناه للجميع فللذي لم يبع ثلث كل ربع ؛ لأن له شريكين فصار له الربع مضموماً الى ملكه فكمل له النصف ،

باستحقاقه الشفعة تسقط شفعته ، واما الرابع فعدم علمه غير شرط ، نعم يشترط أن لا يكون له مسقط آخر من منافاة الفور ونحوه فإنه قد يعلم بالحال ، ولا ينافي عدم أخذه الفورية لبعده ونحوه .

قوله : (وفي استحقاق الثاني والثالث فيما باعه الأول ، واستحقاق الثالث فيما باعه الثاني وجهان) .

هما الوجهان فيمن باع حقه من الشركة وقد استحق الشفعة وهو لا يعلم ، ولا ريب أن الأول لا حق له ؛ لأنه باع ملكه قبل الجميع وقد كان شريك الشفيع حينئذٍ الثاني والثالث ، وفي وقت بيع الثاني كان شريك الشفيع الثالث خاصة .

قوله : (وفي استحقاق مشتري الربع الأول فيما باعه الثاني والثالث ، واستحقاق الثاني شفعة الثالث ثلاثة أوجه : الاستحقاق ؛ لأنهما مالكان حال البيع ، وعدمه ؛ لتزلزل الملك ، وثبوته للمعفو عنه خاصة) .

إنما كان تزلزل الملك مانعاً لكونه بمعرض الزوال لكون أخذه مستحقاً بالشفعة ، وفي الوجه الثالث قوة فإن الشركة حال البيع ثابتة فيستحق بها الشفعة ، ولا يضر تزلزل الملك لكن زوالها قبل الأخذ موجب لبطلان الاستحقاق .

قوله : (فإن أوجبناه للجميع فللذي لم يبع ثلث كل ربع ؛ لأن له شريكين فصار له الربع مضموماً الى ملكه فيكمل له النصف) .

وللبائع الثالث والمشتري الأول الثلث لكل منهما سدس ؛ لأنه شريك في شفعة مبيعين ، وللبائع الثاني والمشتري الثاني السدس لكل منهما نصفه ؛ لأنه شريك في شفعة بيع واحد ،

أي : فإن أوجبنا الاستحقاق للشريكين الآخرين وهما البائع الثاني والثالث والمشتريين الأول والثاني وهم مراده بالجميع ؛ لأن البائع الأول والمشتري الثالث لا يتصور لهم الشفعة هنا ؛ لخروج الأول عن الشركة قبل حدوث بيع وتأخر تملك الثاني عن البيوع كلها ، فللذي لم يبع وهو الشفيع الأصلي ثلث كل ربع ؛ لأنه في كل مرتبة من مراتب البيع كان له شريكان ، ففي المرتبة الأُولى شريكه البائع الثاني والثالث ، وفي المرتبة الثانية شريكه المشتري الأول والبائع الثالث ، وفي الثالثة شريكه المشتري الأول والثاني ، والفرض أن سهم كل منهم ربع فيستوون في الاستحقاق ، فإذا ضم ثلث كل ربع في المراتب الثلاث والثابت للشفيع الى ملكه وهو الربع كمل له النصف .

قوله : (وللبائع الثالث والمشتري الأول الثلث لكل منهما سدس ؛ لأنه شريك في شفعة مبيعين) .

وذلك لأن الثالث شريك حين البيع الأول والثاني فتكون له شفعة فيهما ، والمشتري الأول شريك حين البيع الثاني والثالث فنصيب كل منهما ثلث كل من الربعين ، وثلث الربع نصف سدس الأصل فثلثاه سدس فيكون لهما ثلث الأصل .

قوله : (وللبائع الثاني والمشتري الثاني سدس ، لكل منهما نصفه ؛ لأنه شريك في شفعة بيع واحد) .

لأن البائع الثاني إنما كان شريكاً في وقت بيع الأول خاصة ، والمشتري الثاني إنما كان شريكاً في وقت بيع الثالث ، فنصيب كل واحد منهما ثلث ربع وهو نصف سدس فيكون لهما سدس الأصل .

ويصح من اثني عشر .

و : لو كان الشفعاء الأربعة غيّباً فحضرأحدهم أخذ الجميع وسلّم كل الثمن أو ترك ، فإن حضر آخر أخذ من الأول النصف أو ترك ، فإن حضر الثالث أخذ الثلث أو ترك ، فإن حضر الرابع أخذ الربع أو ترك

ولو قيل : إن الأول يأخذ الجميع أو يترك ، أما الثاني فله أخذ حقه خاصة ؛ لأن المفسدة ـ وهي تبعيض الصفقة على المشتري ـ منتفية هنا أو أخذ النصف كان وجهاً ، فإن امتنع الحاضر أو عفا لم تبطل الشفعة ، وكان للغائبين أخذ الجميع ، وكذا لو عفا ثلاثة أو امتنعوا فللرابع الجميع إن شاء .

قوله : (فتصح من اثني عشر) .

لأنها مخرج نصف السدس ، وهو أدق كسر في المسألة .

قوله : (لو كان الشفعاء الأربعة غيّباً فحضر أحدهم أخذ الجميع وسلّم كل الثمن أو ترك ، فإن حضر آخر أخذ من الأول النصف أو ترك ، فإن حضر الثالث أخذ الثلث أو ترك ، فإن حضر الرابع أخذ الربع أو ترك) .

وجه هذا أن كل واحد منهم عند المطالبة هو الشفيع مع من أخذ من شركائه ؛ لعدم العلم بأخذ الغائب لامكان عفوه ، فليس له أن يأخذ بعض استحقاقه ؛ لأن الشفعة مبنية على القهر فيقتصر فيها على موضع الوفاق ، وتخير الشفيع الآخر بين أخذ الحصة باعتبار أخذ الغائب وعدمه لم يدل عليه دليل فينتفي ، وفي هذا قوة ، فلا يكون ما جعله المصنف وجهاً أوجه .

قوله : (ولو قيل : إن الأول يأخذ الجميع أو يترك ، أما الثاني فله أخذ حقه خاصة ـ لأن المفسدة وهو تبعيض الصفقة على المشتري منتفية هنا ـ أو أخذ النصف كان وجهاً) .

ولو حضر الثاني بعد أخذ الأول فأخذ النصف وقاسم ، ثم حضر الآخر وطالب فسخت القسمة ، ولو رده الأول بعيب فللثاني أخذ الجميع ؛ لأن الرد كالعفو .

ويحتمل سقوط حقه من المردود ؛ لأن الأول لم يعف بل رد بالعيب ، فكان كما لو رجع الى المشتري ببيع أو هبة ،

(أخذ النصف) معطوف على (أخذ حقه) وما بينهما معترض ، ولقائل أن يقول : إن تبعيض الصفقة على المشتري من حيث عدم العلم بأن الغائبين يأخذون أم لا ، ولزوم تجزئة الثمن [على][1] تقدير أخذهم لا شبهة في أنه محذور ومانع ، إلا أن مثله آت في حق الشفيع لعدم العلم بأخذ الغائب ، فكانت الشفعة منحصرة فيمن حضر وطالب ، وكما أن ثبوتها قهري فكذلك تقسيطها إما على عدد الرؤوس أو السهام قهري فلا اختيار للحاضر .

قوله : (ولو حضر الثاني بعد أخذ الأول فأخذ النصف وقاسم ، ثم حضر الآخر وطالب فسخت القسمة) .

لأن حقه شائع في المأخوذ لكل منهما .

قوله : (ولو رده الأول بعيب فللثاني أخذ الجميع ، لأن الرد كالعفو) .

هذا هو المعتمد على القول ؛ لأن الرد بالعيب فسخ للأخذ لا انشاء سبب للملك جديد ، فيكون مقتضياً لاسقاط حقه من الشفعة .

قوله : (ويحتمل سقوط حقه من المردود ؛ لأن الأول لم يعف بل رد بالعيب ، فكان كما لو رجع الى المشتري ببيع أو هبة) .

لا شبهة في ضعف هذا ؛ لأن الأول وإن لم يعف إلا أن الرد بالعيب

---

(١) في النسختين الخطيتين : العقود ، وما أثبتناه من الحجرية ، وهو الصحيح .

ولـو استغلها الحاضر ثم حضرالثاني شاركه في الشقص دون الغلة .

ولو قال الحاضر : لا آخذ حتى يحضر الغائب لم تبطل شفعته على اشكال ، وإذا دفع الحاضر الثمن فحضر الغائب دفع إليه النصف ، فإن خرج المبيع مستحقاً فدرك الثاني على المشتري دون الشفيع الأول ؛ لأنه كالنائب .

اقتضى سقوط حقه من الشفعة فجرى مجرى العفو[1] . وأيضاً فالـرد بالعيب فسخ للأخـذ قطعـاً لا إنشاء سبب جـديد للملك ، فكيف سـاوى العود الى المشتري بالبيع والهبة ؟

قوله : (ولو استغلها الحاضر ثم حضر الثاني شاركه في الشقص دون الغلة) .

المراد بـ(استغلها) : انه أخذ غلتها وإنما لم يشاركه في الغلة ؛ لأنها نماء ملك المستغل ، والملك يتجدد لمن حضر بعد أخذه .

قوله : (ولو قال الحاضر : لا آخذ حتى يحضر الغـائب لم تبطل شفعته على اشكال) .

ينشأ : من أنه ترك الأخذ باختياره فتبطل شفعته ، ومن أن التأخير لعذر وهو خوف قدوم الغائب فينتزعه منه . ويشكل بالتردد في كون ذلك عذراً ، فإن ضرره لا يدفع بضرر المشتري ، ولأن الشفعة مبنية على القهر فيقتصر فيها على موضع اليقين ، وينبغي البطلان بالتأخير لذلك .

قوله : (وإذا دفع الحاضر الثمن فحضر الغائب دفع اليه النصف ، فإن خرج المبيع مستحقاً فدرك الثاني على المشتري دون الشفيع الأول ؛ لأنه كالنائب) .

---

(١) التذكرة١ : ٦٠٧.

ز : لو كان الشفعاء ثلاثة فأخذ الحاضر الجميع ، ثم قدم أحد الغائبين وسوغنا له أخذ حقه خاصة أخذ الثلث ، فإن حضر الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده ، فيضيفه الى ما في يد الأول ويقسمانه نصفين.

إنما كان كالنائب لأنه قبل أخذه من المشتري كانت الشفعة مستحقة للجميع على المشتري والدرك عليه ، فأخذ الشفيع لم يُغير هذا الحكم لبقاء الاستحقاق ، وينبغي أن يكون هذا الحكم فيما عدا الثمن وهو ما يغرمه من أُجرة ونقص ونحوهما ، أما الثمن فيسترد كل ما سلمه ممن سلمه إليه كما نبه عليه في التذكرة، وحكاه عن بعض العامة[1]، وهو جيد .

قوله : (لو كان الشفعاء ثلاثة فأخذ الحاضر الجميع ثم قدِم أحد الغائبين ، وسوغنا له أخذ حقه خاصة أخذ الثلث ، فإن حضر الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده فيضيفه الى ما في يد الأول ويقتسمانه نصفين) .

قد سبق انّا لا نسوغ له ذلك لكن تفريعاً على ذلك ، فإذا أخذ الثلث وحضر الثالث فحقه في يديهما ؛ لأن حقه ثابت في كل جزء ، ولكل من الشفيعين يد على العين بمقدار ما أخذ ، فحينئذٍ يكون أخذه بشيء من استحقاقه وشيء من استحقاق الثالث فيكون عافياً عن بعض حقه للأول ، ولذلك قال بعض الشافعية : تبطل شفعته[2] ؛ لأنه لما عفا عن بعض حقه وجب أن يبطل جميع حقه ، واحتمل في الدروس أن لا يأخذ الثالث من الثاني شيئاً ، بل يقسّم ما في يد الأول بينه وبين الثالث نصفين ، فلا يكون أخذه للثلث عفواً عن شيء من حقه وإنما أخذ كمال حقه[3] ولا بعد في ذلك إذ لم يأخذ شيئاً معيناً بل امراً

---

(١) انظر: فتح العزيز مع المجموع١١ : ٤٨٥ ـ ٤٨٦ .

(٢) فتح العزيز١١ : ٤٨٦ .

(٣) الدروس: ٣٩٥ .

فتصح من ثمانية عشر ؛ لأن الثالث أخذ من الثاني ثلث الثلث.ومخرجه تسعة ، وليس للسبعة نصف فنضرب اثنين في تسعة : للثاني أربعة ولكل من الباقيين سبعة ؛ لأن الثاني ترك سدسا كان له أخذه وحقه منه ثلثاه وهو التسع فيتوفر على شريكه في الشفعة ، والأول والثالث متساويان في الإستحقاق ولم يترك أحدهما شيئاً من حقه فيجمع ما معهما ويقسم بينهما .

كلياً وإلا لبطل حقه بالعفو عن البعض .

اذا عرفت هذا فقول المصنف : (وسوّغنا له أخذ حقه خاصة أخذ الثلث) لا يجري على ظاهره ؛ لأنه بناء على ما ذكره يأخذ قدر حقه وليس حقه ؛ لأن للثالث فيه حقاً . ويندفع هذا بأن نسبة حق الثالث الى ما في يد الآخرين على حد سواء ، فكيف يجعل حقه مما في يد أحدهما دون الآخر ، مع أن حقه شائع فلا سبيل الى ذلك حتى لو احدثا في العين حدثاً يستحق الشفيع المطالبة به طالبهما معاً ؟

قوله : (فتصح من ثمانية عشر ؛ لأن الثالث أخذ من الثاني ثلث الثلث ومخرجه تسعة ، وليس للسبعة نصف فتضرب اثنين في تسعة ، للثاني أربعة ، ولكل من الباقين سبعة ، لأن الثاني ترك سدساً كان له أخذه وحقه منه ثلثاه وهو التسع فيتوفر على شريكه في الشفعة ، والأول والثالث متساويان في الاستحقاق ولم يترك أحدهما شيئاً من حقه فيجمع ما معهما ويقسّم بينهما) .

أي : فتصح مسألتهم من ثمانية عشر بالنسبة الى الجزء المشفوع لا بالنسبة الى مجموع العقار ، وذلك لأن الثاني أخذ الثلث وذلك يستدعي كون الشقص ثلاثة ، والثالث يطلب من الثاني ثلث الثلث ومخرجه مضروب مخرج أحد الكسرين في الآخر ، أعني مضروب ثلاثة في ثلاثة وذلك تسعة ، فيبقى

ح : لو اشترى واحد من اثنين شقصاً فللشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر وإن تبعضت الصفقة على المشتري ، ولا خيار له .

في يد الثاني سهمان منهما ، وفي يد الأول ستة ، وفي يد الثالث سهم ، فيضم ما في يد الثالث الى ما في يد الأول ويقتسمانه لاستوائهما في الاستحقاق وذلك سبعة ، وليس لها نصف صحيح فانكسرت في مخرج النصف ، فتضرب اثنين في تسعة تبلغ ثمانية عشر ، للثاني منهما أربعة ولكل من الباقين سبعة .

وإنما قلنا : إن للثاني أربعة ولكل من الآخرين سبعة ؛ لأن الثاني كان يستحق أخذ النصف وهو تسعة ، فترك سدساً وهو ثلاثة ، حقه منه ثلثاه وهو سهمان ، وأخذ ستة حقه منها أربعة فيتوفر ثلث السدس المتروك ، أعني التسع على شريكه في الشفعة وهو المتروك له ، والأول والثالث متساويان في الاستحقاق ، ولم يترك أحدهما شيئاً من حقه فيجمع ما معهما ويقسم بينهما .

ولا يقال : إن الأول يختص بالمتروك ؛ لأنه لا يملك لواحد ، بل اذا تركه المستحق استحقه الشركاء ، فقوله : (فيتوفر على شريكه) لا يراد به واحد من الشريكين ، بل الجنس بدليل قوله : (والأول والثالث متساويان في الاستحقاق . . .) .

قوله : (لو اشترى واحد من اثنين شقصاً فللشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر وإن تبعضت الصفقة على المشتري) .

في الحقيقة لا تبعيض ؛ لأن الصفقة تتعدد بتعدد البائع وإن اتحد العقد والمشتري ، ففي العبارة تسامح .

قوله : (ولا خيار له) .

لما قلناه من تعدد الصفقة بحسب الواقع ، فلا يكون الأخذ بأحد العقدين منافياً لما وقع عليه العقد الآخر .

ولو اشترى اثنان نصيب واحد فللشفيع أخذ نصيب أحدهما بعد القبض وقبله .

ولو وكّل أحد الثلاثة شريكه في بيع حصته مع نصيبه فباعهما لواحد فللثالث أخذ الشفعة منهما ومن أحدهما .

قوله : (ولو اشترى اثنان نصيب واحد فللشفيع أخذ نصيب أحدهما بعد القبض وقبله) .

لتعدد الصفقة بتعدد المشتري ، سواء كان ذلك بعد قبض المبيع أو قبله[1] ؛ لتحقق انتقال الملك الموجب لثبوت الشفعة ، وفي حواشي شيخنا الشهيد : انه يمكن عدم إلحاق هذه بالكثرة ؛ لأن الاستحقاق غير مسبوق بالكثرة فلا تكون مانعة ، فتحتمل الكثرة المانعة على الكثرة السابقة على العقد ، ويشكل بأن ظاهر قوله عليه السلام : « فاذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة »[2] .

قوله : (ولو وكّل أحد الثلاثة شريكه في بيع حصته مع نصيبه فباعهما لواحد فللثالث أخذ الشفعة منهما ومن أحدهما) .

اذا باع الوكيل نصيبه ونصيب موكله لواحد كان ذلك بمنزلة بيعين فلا تكون الصفقة واحدة ، ثم انه ليس للوكيل ولا للموكل شفعة على الآخر ؛ لعدم الأولوية لأنهما بائعان فخرجا عن الشركة ، بل الشفعة للثالث وهو مخير إن شاء أن يأخذ مجموع النصيبين وإن شاء أن يأخذ أحدهما ؛ نظراً الى تعدد البيع بتعدد البائع ، خلافاً لبعض الشافعية ؛ لأن العاقد واحد .

واعلم ان في قوله ؛ (فللثالث أخذ الشفعة منهما ومن أحدهما) تسامحاً ؛ لأن الأخذ إنما يكون من المشتري لا من البائعين .

---

(١) في «ق» : وقبله لتحقق.......، وفي «م» : أو قبله أو بعده لتحقق.....

(٢) الكافي ٥ : ٢٨١ حديث ٧ ، التهذيب ٧ : ١٦٤ حديث ٧٢٩ .

ولو باع الشريك نصف الشقص لرجل ثم الباقي لآخر ، ثم علم الشفيع فله أخذ الأول والثاني واحدهما ، فإن أخذ الأول لم يشاركه الثاني ، وإن أخذ الثاني احتمل مشاركة الأول وعلى ما اخترناه من سقوط الشفعة مع الكثرة للشفيع اخذ الجميع أو تركه خاصة .

قوله : (ولو باع الشريك نصف الشقص لرجل ، ثم الباقي لآخر ، ثم علم الشفيع فله أخذ الأول والثاني وأحدهما ، فإن أخذ الأول لم يشاركه الثاني ، وإن أخذ الثاني احتمل مشاركة الأول) .

الفرق بين هذه وبين ما سبق في قوله : (لو اشترى اثنان نصيب واحد . . .) أن الظاهر أن الشراء في تلك معاً ، ولهذا لم يحتمل أن يكون للأول شفعة لو أخذ من الثاني ، وهذه الشراء مترتب بدليل العطف بـ(ثم) ، والحكم ظاهر فإنه في وقت شراء الأول لم يكن للثاني ملك فلا تتصور شفعته ، أما الأول فيحتمل أن تكون له شفعة ؛ لكونه شريكاً في وقت بيع الثاني ، سواء لم يأخذ منه أم أخذ فإن الاحتمال آت على كل واحد من التقديرين كما سبق ، وإن كان ظاهر ما هنا قد يؤذن بخلافه ؛ لمفهوم قوله : (وإن أخذ الثاني احتمل مشاركة الأول) .

قوله : (وعلى ما اخترناه من سقوط الشفعة مع الكثرة للشفيع أخذ الجميع أو تركه خاصة) .

لأنه اذا أخذ الجميع لم يتكثر الشفعاء فلم يتحقق الثاني ، بخلاف ما اذا أخذ البعض ، وفيه نظر من وجهين :

أ : إنما يجيء هذا المحذور لو أخذ من الثاني ، أما اذا أخذ من الأول فقط فعلى قوله لا يتكثر الشفعاء حينئذ ، إذ لا يشاركه الثاني فيما أخذه قطعاً .

ب : أنه لو أخذ الجميع فللأول الشفعة في نصيب الثاني على ما سبق من الاحتمال؛ لأن الأول كان شريكاً ومستحقاً في وقت البيع للثاني ، فلا يزول

الفصل الثالث: في كيفية الأخذ :

يملك الشفيع الأخذ بالعقد وإن كان في مدّة الخيار على رأي ، وهو قد يكون فعلاً بأن يأخذه الشفيع ويدفع الثمن أو يرضى المشتري بالصبر فيملكه حينئذ ،

استحقاقه بأخذ ملكه فلا يتم ما ذكره ، وأيضاً فإنه في وقت البيع للثاني كان المشترى الأول مالكاً قطعاً ، فإن استحق الشفعة بملكه ثبت مع تعدد الشركاء أو الشفعاء ، وإن لم يستحق مع كونه شريكاً تخلف الأثر عن المؤثر ، نعم على القول بأن كون ملكه مشفوعاً ينافي استحقاقه الشفعة لا اشكال .

ثم أن ثبوت الشفعة هنا على القول بالمنع مع الكثرة ، وإن لم نقل بالاحتمال واخذ الجميع نظر؛ لأن قوله عليه السلام : « فاذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم الشفعة »[1] يقتضي ظاهره نفي الاستحقاق هنا .

قوله : (يملك الشفيع الأخذ بالعقد وإن كان في مدة الخيار على رأي) .

لعموم دلائل الشفعة المتناولة له ، ولا يسقط الخيار فيكون الأخذ مراعى ، فإن فسخ صاحب الخيار بطلت الشفعة و إلاّ تبيّن صحتها ، فعلى هذا ليس له انتزاع العين قبل مضي مدة الخيار؛ لعدم تحقق ثبوت ملكه ، وهذا هو الأصح . وقد سبق تحقيق هذه المسألة ، والظاهر أن له أن يؤخر الأخذ الى مضي مدة الخيار ، إذ لا يظهر للإخذ فائدة إلا بعد انقضائه .

قوله : (وهو قد يكون فعلا بأن يأخذه الشفيع ويدفع الثمن أو يرضى المشتري بالصبر فيملكه حينئذ) .

لما لم يملك الشفيع انتزاع الشقص المشفوع إلا بعد تسليم الثمن ـ كما

---

(١) الكافي٥ : ٢٨١ حديث٧، التهذيب٧: ١٦٤ حديث٧٢٩.

ولفظاً كقوله : أخذته أو تملكته وما اشبه ذلك من الألفاظ الدالة على الأخذ مع دفع الثمن أو الرضى بالصبر ،

صرح به الأصحاب ـ لم يكن الانتزاع أخذاً بالشفعة مثمراً للملك قبل تسليم الثمن؛ لأن الانتزاع منهي عنه وممنوع منه حينئذ فلا يكون سبباً في حصول الملك ، فعلى هذا لا يكون الأخذ فعلا معتبراً إلا مع دفع الثمن أو رضى المشتري بالصبر ، فاذا دفعه وأخذه المشتري ملك الشقص ، وإلا خلّى بينه وبينه أو رفع الأمر الى الحاكم ليلزمه التسليم ، وفي التذكرة تنبيه عليه[1] .

قوله :(ولفظاً كقوله : أخذته ، أوتملكته ، وما أشبه ذلك من الألفاظ الدالة على الأخذ مع دفع الثمن أو الرضى بالصبر) .

ويصح الأخذ لفظاً وإن لم يتسلم الشقص فيملكه اذا صح الأخذ ، ويصح بكل لفظ دل على ذلك مثل : أخذته ، وتملكته ، واخترت الأخذ ، ونحو ذلك وإن لم يرض المشتري ، لكن لا بد من دفع الثمن أو رضاء المشتري بالصبر .

قال في التذكرة : ولا يملك الشفيع بمجرد اللفظ ، بل يعتبر مع ذلك أحد أُمور : أما تسليم العوض الى المشتري فيملك به إن تسلمه ، وإلا خلّى بينه وبينه ، أو رفع الأمر الى الحاكم ليلزمه بالتسلم[2] .

اذا تقرر هذا فاعلم ان اشتراط دفع الثمن في حصول الملك لا دليل عليه ، والأصل عدمه ، والشفعة في معنى المعاوضة إذ هي من توابع البيع ، ودفع أحد العوضين غير شرط في تملك الآخر ، ولأنه لو كان الدفع شرطاً لوجب أن يكون فورياً كالأخذ فتبطل الشفعة بدونه مع التمكن .

وامهال الشفيع ثلاثة أيام قد يدل على خلاف ذلك ، وليس في النصوص ما يدل على الاشتراط المذكور ، والذي في رواية ابن مهزيار : « إن كان معه

---

(١) التذكرة١ : ٥٩٤ .

(٢) التذكرة١ : ٥٩٤ .

. . . .

بالمصر فلينظر به ثلاثة أيام ، فإن اتاه بالمال وإلا فليبع وبطلت شفعته في الأرض »[١]

وليس كلام الأصحاب صريحاً في اشتراط ذلك ، ثم قال في التذكرة بعد اوراق في خلال مسألة واذا بلغه البيع فقال : قد اخترت أخذ الشقص بالثمن الذي تم عليه العقد ، وعلم قدره ، ونظر الى الشقص ، أو وصف له وصفاً يرفع الجهالة صح الأخذ ، وإن لم يجز المشتري ولا حضر فقال أبو حنيفة : لا يأخذ بالشفعة حتى يحضر الثمن ولا يقضي له القاضي بها حتى يحضر الثمن[٢] .

وقال محمد : إن القاضي يؤجله يومين أو ثلاثة ولا يأخذه إلا بحكم الحاكم أو رضى المشتري ؛ لأن الشفيع يأخذ الشقص بغير اختيار المشتري فلا يستحق ذلك إلا بعد احضار الثمن ، ولهذا لما كان المشتري يستحق[٣] تسليم المبيع بغير اختيار البائع لم يكن له إلا بعد احضار الثمن[٤] .

وقد بينا أن الشفيع يأخذ بالعوض فلا يشترط حضوره كالبيع ، والتسليم في الشفعة كالتسليم في البيع فإن الشفيع لا يتسلم الشقص إلا بعد احضار الثمن ، وكون التملك بغير اختياره يدل على قوته فلا يمنع من اعتباره في الصحة بالبيع[٥] .

قلت : هذا تصريح بما ذكرته من أن ثبوت الملك بالأخذ باللفظ لا يتوقف على دفع الثمن ، وهذا قوي ، نعم يشترط العلم بالعوضين .

---

(١) التهذيب٧ : ١٦٧ حديث٧٣٩.

(٢) اللباب في شرح الكتاب٢ : ١٠٧.

(٣) في النسختين الخطيتين : ولهذا كان المشتري لما كان يستحق...... ، وما أثبتناه من النسخة الحجرية، وهو الصواب.

(٤) بدائع الصنائع٥ : ٢٤.

(٥) التذكرة١ : ٥٩٦.

ويشترط علم الشفيع بالثمن والمثمن معاً ، فلو جهل أحدهما لم يصح الأخذ وله المطالبة بالشفعة .

ولو قال : اخذته بمهما كان لم يصح مع الجهالة .

ويجب تسليم الثمن أولاً ، فلا يجب على المشتري الدفع قبله ، وليس للشفيع أخذ البعض بل الترك أو الجميع ،

قوله : (ويشترط علم الشفيع بالثمن والمثمن معاً) .

أي : لصحة الأخذ ، فلا يصح الأخذ مع الجهالة للغرر فإنها في معنى البيع ، إذ هي من توابعه .

ولقائل أن يقول : اشتراط العلم بالثمن مستدرك؛ لأنه اذا اشترط للأخذ دفع الثمن اشترط العلم به لا محالة .

ويمكن الجواب : بأن الأخذ مع العلم صحيح ولا يثمر الملك إلا بدفع الثمن ، بخلاف ما اذا كان جاهلاً فإنه يقع لغواً .

قوله : (وله المطالبة بالشفعة) .

فلا يسقط حقه بذلك الأخذ الفاسد .

قوله : (ويجب تسليم الثمن أولاً ، فلا يجب على المشتري الدفع قبله) .

هذا ايضاً محل نظر؛ لأن المعاوضة يجب فيها التسليم ، والتسليم دفعة واحدة كما سبق في البيع ، والأصل عدم وجوب التقديم في التسليم على واحد بخصوصه ، نعم إن تم له اشتراط تسليم الثمن في حصول الملك بالأخذ ثبت وجوب هذا .

قوله : (وليس للشفيع أخذ البعض بل الترك أو الجميع) .

لأنه ليس له تبعيض الصفقة ، ولأن حقه في المجموع من حيث هو

فلو قال : أخذت نصف الشقص فالأقوى بطلان الشفعة .

ويجب الطلب على الفور ، فلو أخّر مع امكانه بطلت شفعته على رأي

مجموع .

قوله : (فلو قال أخذت نصف الشقص فالاقوى بطلان الشفعة) .

وجه القوة ان المأخوذ لا يستحقه؛ لأنه إنما يستحق المجموع فلا يؤثر أخذه إياه بالنسبة اليه ولا بالنسبة الى المجموع ، أما بالنسبة اليه فظاهر لعدم استحقاقه ، وأما بالنسبة الى الباقي فلأن الاقتصار على أخذ البعض إن لم يدل على عدم أخذ البعض الآخر فلا يدل على أخذه فيحصل التراضي فتبطل الشفعة .

ويحتمل الصحة؛ لأن أخذ البعض يستلزم أخذ البعض الآخر لامتناع اخذه وحده ، وهو قول لبعض العامة[١] ، وفيه نظر؛ لأن أخذ البعض إنما يستلزم اخذ البعض الآخر اذا وقع صحيحاً ، ولم تثبت صحته من دون أخذ الباقي ، ولأنه ربما كان مريداً لأخذ البعض خاصة ، وذلك لا يصح ولا يستلزم أخذ الباقي ، والحاصل ان أخذ البعض لا يدل على أخذ الباقي بشيء من الدلالات الثلاث ، والأصح البطلان .

قوله : (ويجب الطلب على الفور ، فلو أخر مع امكانه بطلت شفعته على رأي) .

هذا مختار الشيخ[٢] ، وجمع كثير من الأصحاب[٣] اقتصاراً فيما يثبت على خلاف الأصل على موضع الوفاق ، ولدلالة رواية ابن مهزيار[٤] المتضمنة

---

(١) انظر: فتح العزيز المطبوع مع المجموع١١ : ٤٨٢ .

(٢) الخلاف٢ : ١٠٦ مسألة٤ كتاب الشفعة.

(٣) منهم ابن حمزة في الوسيلة: ٢٩٩، والشهيد في الدروس: ٣٨٨.

(٤) التهذيب٧: ١٦٧ حديث٧٣٩.

وإن لم يفارق المجلس .

ولا تجب مخالفة العادة في المشي ولا قطع العبادة ولو كانت مندوبة ، ولا تقديمه على صلاة حضر وقتها .

بطلان الشفعة بعدم احضار الثمن في الثلاثة على ذلك إذ لو كانت على التراخي[1] لم تبطل بعد الثلاثة بلا فصل .

وقال السيد[2] ، وجماعة[3] : بأنها على التراخي[4] تمسكاً بما لا ينهض حجة ومعارضاً ، والأصح الأول الذي دل عليه كلامه في المختلف وغيره : أن الواجب على الفور هو الأخذ صرح به في مسألة ما اذا كان الثمن مؤجلاً[5] وإن كان مقتضى كلامهم هناك أن الطلب واجب فوري ، فلعله يراد به الأخذ لتضمنه الطلب .

قوله : (وإن لم يفارق المجلس) .

رد بذلك على أبي حنيفة فإنه يقول : إن التأخير بغير عذر لا يبطل الشفعة ما داما في المجلس[6] .

قوله : (ولا تجب مخالفة العادة في المشي ، ولا قطع العبادة وإن كانت مندوبة ، ولا تقديمه على صلاة حضر وقتها) .

لا ريب أن المراد بالفور تحكّم فيه العادة؛ لأن العرف هو المرجع فيما ليس للشارع فيه حقيقة ، فحينئذ الأعذار المانعة من السعي الى الأخذ بالشفعة عادة تنقسم الى قسمين : ما ينتظر زواله عن قرب مثل الاشتغال بصلاة واجبة ،

---

(١) في «ق»: التراضي.
(٢) الانتصار: ٢١٩.
(٣) منهم أبو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه: ٣٦١، وابن ادريس في السرائر: ٢٥٠.
(٤) في «ق»: التراضي.
(٥) المختلف: ٤٠٥.
(٦) انظر: بدائع الصنائع ٥: ١٩، اللباب٢: ١٠٧، فتح العزيز المطبوع مع المجموع١١: ٤٩١.

ولو أهمل المسافر بعد علمه السعي ، أو التوكيل مع إمكان أحدهما بطلت ، ولو عجز لم تسقط وإن لم يشهد على المطالبة ،

أو مندوبة ، ونحوها من أكل ، أو قضاء حاجة ، أو كونه في حمام فله الاتمام ولا يكلّف القطع على خلاف العادة ، وكذا لو حضر وقت الأكل أو الصلاة أو قضاء الحاجة جاز له تقديمها رجوعاً في ذلك كله الى العرف ، وبه صرح في التذكرة[1] .

والظاهر أن من هذا شهود تشييع المؤمن والجنازة ، وقضاء حاجة طالب الحاجة ، وعيادة مريض ، وما جرى هذا المجرى مما لم تجر العادة بالإعراض عنه ، وربما كان الاعراض عنه موجباً للطعن ، والظاهر أن العجز عن التوكيل عند حصول أحد هذه الأمور غير شرط؛ لعدم السقوط بقصر الزمان ، وعدم ذلك في العادة منافياً للفور .

قوله : (ولو اهمل المسافر ـ بعد علمه ـ السعي أو التوكيل مع إمكان أحدهما بطلت) .

هذا بعض صور القسم الثاني من الأعذار ، وهو ما لا ينتظر زواله عن قرب كالمرض ، والحبس ، والغَيبة ، والاعتكاف ، وتمريض المريض ، فلو كان الشفيع مسافراً وعلم بالبيع ، فإن اهمل السعي والتوكيل معاً مع تمكنه من أحدهما بطلت شفعته ، ولا يكون سفره عذراً مع تمكنه من التوكيل؛ لطول المدة فيه وعدم المسامحة في مثله بحيث لا ينافي الفور عادة .

ولا يخفي أن قول المصنف : (لو اهمل السعي أو التوكيل) ليس بجيد؛ لأن البطلان إنما يتحقق مع اهمالهما لا مع أهمال أحدهما ، وكذا القول في البواقي .

قوله : (ولو عجز لم يسقط وإن لم يشهد على المطالبة) .

---

(١) التذكرة ١ : ٥٩٦ .

ثم تجب المبادرة الى أحدهما في أول وقت الإمكان .

وانتظار الصبح ، ودفع الجوع والعطش بالأكل والشرب ، واغلاق الباب ، والخروج من الحمام ، والأذان والاقامة ، وسنن الصلاة ، وانتظار الجماعة أعذار ، إلا مع حضور المشتري وعدم اشتغاله بالطلب عن هذه الأشياء ،

أي : لو عجز عن الأمرين معاً لم تسقط شفعته لعدم التقصير ، ولا يشترط الاشهاد على المطالبة لو تمكن منه خلافاً لبعض العامة[1] ، للاصل وعدم الدليل .

قوله : (ثم تجب المبادرة الى أحدها في أول وقت الامكان) .

أي : بعد زوال عذر المسافر وتمكنه من السعي أو التوكيل يجب عليه أحدهما ، فإن امكنه السعي تخيّر بينه وبين التوكيل ، ولو تمكن من التوكيل فقط تعيّن ويجب ذلك في أول أوقات الامكان عادة فيراعي ما سبق ، ولو قصّر الوكيل في الأخذ لم يكن تقصيراً من الموكل .

قوله : (وانتظار الصبح ، ودفع الجوع والعطش بالأكل والشرب ، واغلاق الباب ، والخروج من الحمام ، والأذان والاقامة ، وسنن الصلاة ، وانتظار الجماعة اعذار) .

هذا كله من قبيل القسم الأول من قسمي الأعذار ، وهو ما ينتظر زواله عن قرب ، وقد سبق توجيهه .

قوله : (إلا مع حضور المشتري وعدم اشتغاله بالطلب عن هـذه الاشياء) .

أي : إلا مع حضور المشتري عنده ، وعدم اشتغاله بالطلب فإن هـذه

---

(١) انظر: كفاية الأخيار١ : ١٨٥ .

ويبدأ بالسلام والدعاء .

وإنما يأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد ، فإن كان مثلياً فعلى الشفيع مثله ، وإن كان من ذوات القيم فعليه قيمته يوم العقد على رأي ،

الأمور لا تعد أعذاراً فتسقط شفعته ، واعلم انه على ما سبق في كلامه لا أثر لطلبه الشفعة ، إذ المعتبر هو الأخذ مع دفع الثمن ، إلا أن يحمل الطلب في عبارته على ذلك .

قوله : (ويبدأ بالسلام والدعاء) .

لعموم الأمر بالسلام[1] ، وجريان العادة به ، وكذلك الدعاء المتعارف مثله ، ولو ابتدأ بالطلب لكان نقصاً في حقه .

فرعان :

أ : لو جهل الشفيع استحقاق الشفعة فالظاهر بقاء حقه ؛ لعموم الدلائل[2] ، ولعدم تقصيره في الأخذ .

ب : لو علم ثبوتها وجهل كونه على الفور فالظاهر السقوط ؛ لتحقق التقصير المنافي للفورية ولا أثر لجهله بذلك .

قوله : (وإنما يأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد ، فإن كان مثلياً فعلى الشفيع مثله ، وإن كان من ذوات القيم فعليه قيمته يوم العقد على رأي) .

لا ريب أنه يأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد قليلاً كان أو كثيراً ، أي : لمثله لعدم امكان الأخذ به غالباً ، فإن كان من ذوات الامثال لزمه مثله ، وإن كان من ذوات القيم فهل تثبت الشفعة معه أم لا؟ قولان للأصحاب :

---

(١) الكافي ٢ : ٤٧١ حديث ١ ـ ٥ باب التسليم ، وانظر وسائل الشيعة ٨ : ٤٣٥ باب الإبتداء بالسلام .

(٢) الكافي ٥ : ٢٨٠ باب الشفعة ، التهذيب ٧ : ١٦٣ باب الشفعة .

. . . .

أحدهما ـ وهو قول الشيخين[١] ، وجمع من الأصحاب[٢] : ـ الثبوت؛ لعموم الأدلة الدالة على ثبوت الشفعة[٣] ،ولأن القيمة بمنزلة العوض المدفوع .

والثاني ـ وهو القول الأخر للشيخ[٤] وقول جماعة منهم المصنف في المختلف[٥]ـ : العدم اقتصاراً فيما ثبت على خلاف الاصل على محل الوفاق ، ولرواية ابن رئاب عن الصادق عليه السلام : في رجل اشترى داراً برقيق ومتاع وبر وجوهر قال : « ليس لأحد فيها شفعة »[٦] ، وهي نص ولا يضر ضعف اسنادها لانجبارها بغيرها من الدلائل ، ولحسنة هارون بن حمزة الغنوي الى أن قال : « فهو احق بها من غيره بالثمن »[٧] .

وإنما يتحقق ذلك في المثلي ، أو يقال المثل اقرب المجازات الممكنة هاهنا ، والأصح عدم الثبوت ، فإن قلنا به فبأي قيمة يلزم ، قيمة يوم العقد أم وقت الأخذ أم الأعلى من وقت العقد الى وقت الأخذ؟ صرح بالأول المصنف ، وبالثالث ولده[٨] ، والأصح الأول؛ لأن وقت الاستحقاق حين العقد ، ولا ريب أن الاستحقاق بالثمن والعين متعذرة فوجب الانتقال الى القيمة ، فالاستحقاق بالقيمة حينئذ ـ وهو مختار الدروس[٩] ومختار ولد المصنف ـ ضعيف؛ لأن إلحاق هذا بالغاصب لا وجه له ، وكذا الأمر الثالث؛ لسبق الاستحقاق في الثمن على وقت الأخذ .

---

(١) المقنعة: ٩٦، المبسوط٣: ١٣١.

(٢) منهم ابو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه: ٣٦١، وابن ادريس في السرائر: ٢٥٠، والمحقق الحلي في الشرائع٣: ٢٥٨.

(٣) الكافي٥: ٢٨١ حديث٨، التهذيب٧: ١٦٤ حديث٧٣٠، الاستبصار٣: ١١٦ حديث٤١٣.

(٤) الخلاف٢: ١٠٧ مسألة٧ كتاب الشفعة.

(٥) المختلف: ٤٠٤.

(٦) الفقيه٣: ٤٧ حديث١٦٤، التهذيب٧: ١٦٧ حديث٧٤٠.

(٧) الكافي٥: ٢٨١ حديث٥، التهذيب٧: ١٦٤ حديث٧٢٨.

(٨) ايضاح الفوائد٢: ٢١٠.

(٩) الدروس: ٣٩٠.

سواء كان مثل قيمة المشفوع أو لا ، ولا تلزمه الدلالة والوكالة وغيرها من المؤن .

ولو زاد المشتري في الثمن بعد العقد لم تلحق الزيادة وإن كان في مدّة الخيار على رأي .

ولا يسقط عنه ما يحطه البائع وإن كان في مدة الخيار ويسقط ارش العيب إن أخذه المشتري .

قوله : (سواء كان مثل قيمة المشفوع أم لا) .

أي : سواء كان الثمن الذي جرى عليه العقد هو ثمن المثل للمشفوع ، أي : مثل قيمته أم ناقصاً لعموم النص .

قوله : (ولا تلزمه الدلالة والوكالة وغيرها من المؤن) .

مثل أُجرة النقّاد والوزان ونحوهما ، إذ ليست من جملة الثمن وإن كانت من التوابع .

قوله : (ولو زاد المشتري في الثمن بعد العقد لم تلحق الزيادة وإن كان في مدة الخيار على رأي ، ولا يسقط عنه ما يحطه البائع وإن كان في مدة الخيار) .

على رأي ـ المخالف في الموضعين ـ الشيخ ، فقال بلحوق الزيادة وسقوط الحطيطة اذا كان ذلك في مدة الخيار؛ لأنه الثمن الذي استقر عليه العقد[1] . وليس بجيد؛ لأن الثمن هو ما وقع عليه العقد ، والزيادة والحطيطة أمر جديد .

قوله : (ويسقط أرش العيب إن أخذه المشتري) .

أي : يسقط من الثمن؛ لأنه جزء منه ، فاذا اخذه المشتري كان الثمن هو

---

(١) المبسوط٣: ١٠٨.

ولو كان الثمن مؤجلاً فللشفيع الأخذ كذلك بعد اقامة كفيل اذا لم يكن ملياً ، وليس له الأخذ عند الأجل على رأي .

ما يبقى بعده ، فإن كان قد دفع الثمن استرد الأرش ، ولو لم يأخذه المشتري لم يكن له أرش؛ لأن الثمن هو ما جرى عليه العقد .

قوله : (ولو كان الثمن مؤجلاً فللشفيع الأخذ كذلك بعد اقامة كفيل اذا لم يكن ملياً ، وليس له الأخذ عند الاجل على رأي) .

لما كان الشفيع إنما يأخذ بالثمن الذي جرى عليه العقد لم يكن له فيما اذا كان الثمن مؤجلاً إلا الأخذ به مؤجلاً ، وهذا قول الاكثر[1] والأصح ؛ لأن تأخير الأخذ ينافي الفور فيبطل لو أخر وللأجل حظ من الثمن ، فلو أخذ بغير اجل لم يكن الأخذ بالثمن .

وللشيخ قول في الخلاف[2] والمبسوط[3] انه يتخير بين أن يأخذ بجميع الثمن حالاً ، أو يصبر الى انقضاء الأجل ثم يأخذ ، واحتج عليه بأن الذمم غير متساوية .

واجاب في المختلف بأن عدم تساوي الذمم لا يلزم منه ما ذكره؛ لأمكان التخلص بالضمين[4] ومقتضى هذا الجواب أنه متى طلب المشتري من الشفيع ضميناً أُجيب اليه ، ومثله قال في التذكرة[5] ، والذي صرحوا به إنما هو الزامه بكفيل لو لم يكن ملياً ، ولو صرح أحد بما تشعر به عبارة المختلف لكان القول به وجهاً ، لكن قال في التذكرة : وعلى ما اخترناه فإنما يأخذه بثمن مؤجل اذا كان ملياً موثوقاً به أو اذا أعطى كفيلاً ملياً وإلا لم يأخذه ؛ لأنه اضرار بالمشتري ،

---

(١) منهم الشيخ المفيد في المقنعة: ٩٦، والشيخ الطوسي في النهاية: ٤٢٥ ، وفخر المحققين في ايضاح الفوائد٢ : ٢١١ .

(٢) الخلاف٢ : ١٠٧ مسألة٩ كتاب الشفعة .

(٣) المبسوط٣ : ١١٢ .

(٤) المختلف: ٤٠٦ .

(٥) التذكرة١ : ٥٩٦ .

ولو مات المشتري حلّ الثمن عليه دون الشفيع ، ولو باع شقصين مع شريكين لواحد صفقة فلكل شريك أخذ شفعته خاصة ، ولو اتحد الشريك فله أخذ الجميع وأحدهما .

ولو ترك لتوهم كثرة الثمن فبان قليلاً ، أو لتوهمه جنساً فبان غيره ، أو كان محبوساً بحق هو عاجز عنه ، أو بباطل مطلقاً وعجز عن الوكالة ، أو أظهر له أن المبيع سهام قليلة فبانت كثيرة ، أو بالعكس ، أو أنه

وما ذكره صحيح في موضعه خصوصاً من لا ديانة له .

قوله : (ولو مات المشتري حل الثمن عليه دون الشفيع) .

لأن الذي يحل ديونه هو الميت دون غيره ، فيبقى دين الشفيع للمشتري مؤجلاً ، ويحتمل حلوله على الشفيع ؛ لأن تأجيله مسبب عن تأجيل ما على المشتري ، وليس بشيء .

قوله : (ولو باع شقصين مع شريكين لواحد دفعة فلكل شريك أخذ شفعته خاصة) .

لأن الشقص الآخر بالنسبة اليه غير مشفوع ، فكان كما لو ضم المشفوع الى غير المشفوع .

قوله : (ولو اتحد الشريك فله أخذ الجميع وأحدهما) .

لأن الشركة في كل واحد من الشقصين بسبب مغاير للشركة في الآخر ، فلا تكون الشركة فيهما واحدة ، ولا أثر لاتحاد الصفقة في ذلك ، فإن حقه من أحدهما غير شائع في حق الآخر من الآخر .

قوله : (ولو ترك لتوهم كثرة الثمن فبان قليلاً ، أو لتوهمه جنساً فبان غيره ، أو كان محبوساً بحق هو عاجز عنه ، أو بباطل مطلقاً وعجز عن الوكالة ، أو ظهر له أن المبيع سهام قليلة فبانت كثيرة ، أو بالعكس ، أو انه

اشتراه لنفسه فبان لغيره ، أو بالعكس ، أو انه اشتراه لشخص فبان لآخر ، أو انه اشترى الكل بثمن فبان انه اشترى نصفه بنصفه ، أو بالعكس ، أو انه اشترى الشقص وحده فبان انه اشتراه مع غيره ، أو بالعكس لم تبطل شفعته .

اشتراه لنفسه فبان لغيره ، أو بالعكس ، أو انه اشتراه لشخص فبان لآخر ، أو انه اشترى الكل بثمن فبان انه اشترى نصفه بنصفه ، أو بالعكس ، أو انه اشترى الشقص وحده فبان انه اشتراه مع غيره ، أو بالعكس لم تبطل شفعته) .

المرجع في هذه المسائل كلها الى كون التأخير في طلب الشفعة لعذر أو للجهالة ، بخصوص البيع الذي هو متعلق الشفعة ، حيث يكون تعلق الغرض به امراً مقصوداً ، فلو ترك الشفعة لتوهمه كثرة الثمن ، لوجود امارة توهم ذلك فبان قليلاً فالشفعة باقية؛ لأن قلة الثمن مقصودة في المعاوضة ، فربما كان الترك مستنداً الى اعتقاد الكثرة .

وكذا لو اعتقده دنانير فظهر دراهم فترك أو بالعكس فالشفعة بحالها؛ لأن الغرض قد يتعلق بجنس دون آخر ، لسهولة حصوله بالنسبة اليه ونحو ذلك .

وكذا لو كان محبوساً بحق هو عاجز عنه؛ لأنه معذور في ترك السعي ، بخلاف ما لو كان قادراً على أداء الحق الذي حبس لأجله؛ لان التأخير من قبله ، إذ يجب عليه دفع الحق ليخلص من الحبس ، أو كان الحبس بسبب باطل كطلب ما ليس عليه في نفس الأمر وإن كان في ظاهر الحال ثابتاً ، سواء كان قادراً عليه أم لا ، وسواء كان قليلاً أم كثيراً فإنه معذور ، إذ لا يجب عليه دفع ما ليس عليه ، لكن بشرط عجزه عن الوكالة ليكون الحبس في الموضعين المذكورين عذراً ، فإن قصّر في الوكالة فلا شفعة له ، ولو وكّل مع حبسه بحق هو قادر عليه فالشفعة بحالها إذ لا تقصير .

ولو أظهر له أنه اشتراه بثمن فبان أنه اشتراه بأكثر ، أو أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى به بعضه بطلت شفعته .

فرع :

لو شهدت البينة عليه بحق هو يدعي البراءة منه ، فحبس لامتناعه من ادائه فهل تبطل شفعته لوجوب الدفع عليه ليخلص ، أم لا لدعواه انه محبوس بغير حق؟ في نفس الأمر يجب التأمل لذلك .

وكذا لو اظهر له مظهر أن المبيع قليل فظهر خلافه ؛ لأن الغرض قد يتعلق بالكثير وكذا عكسه .

وكذا لو اظهر شخص انه اشترى الشقص لنفسه فبان انه اشتراه لغيره فكذلك ؛ لأن الغرض قد يتعلق بالأخذ من شخص دون آخر ، ومثله العكس .

ولو اظهر له انه اشترى الشقص وحده بالثمن فبان انه اشتراه مع غيره فكذلك ؛ لأن الثمن حينئذ يكون اقل ، والغرض قد يتعلق بذلك . وبالجملة فكل أمر لو ظهر له وقوع[1] البيع عليه ، والغرض الصحيح قد يتعلق بغيره فتبيّن خلافه فالشفعة بحالها لا تبطل للعذر .

قوله : (ولو أظهر انهاشتراه بثمن فبان انه اشتراه باكثر ، أو انه اشترى الكل بثمن فبان انه اشتراه ببعضه بطلت شفعته) .

لأن عدم رغبته في المبيع بالثمن الأقل فبالأكثر أولى ؛ لأن مقتضى البيع المكايسة ، وكذا لو لم يرغب في الكل بثمن فلأن لا يرغب في البعض بذلك الثمن أولى فلا شفعة له .

---

(١) في «ق»: أمر ظهر وقوع.....

وتصرّف المشتري قبل الأخذ صحيح ، فإن أخذه الشفيع بطل ، فلو تصرّف بما تجب به الشفعة تخيّر الشفيع في الأخذ بالأول أو الثاني ، فلو باعه المشتري بعشرة بعشرين فباعه الآخر بثلاثين : فإن أخذ من الأول دفع عشرة ورجع الثالث على الثاني بثلاثين والثاني على الأول بعشرين ؛ لأن الشقص يؤخذ من الثالث وقد انفسخ عقده ، وكذا الثاني .

قوله : (وتصرف المشتري قبل الأخذ صحيح فإن اخذه الشفيع بطل ، فلو تصرف بما تجب به الشفعة تخيّر الشفيع في الأخذ بالأول أو الثاني) .

إنما كان تصرف المشتري صحيحاً ؛ لأنه مالك مستقل ، فاذا أخذ الشفيع بطل تصرف المشتري ؛ لسبق حقه . ولا يخفى أن تصرفه ينقسم الى ما تجب به الشفعة ـ وهو البيع ـ وغيره ، فالأول اذا وقع تخيّر الشفيع في الأخذ بالبيع الأول والثاني ؛ لأن كلاً منهما سبب تام في ثبوت الشفعة فالتعيين الى اختياره .

قوله : (فلو باعه المشتري بعشرة بعشرين فباعه الآخر بثلاثين ، فإن أخذ من الأول دفع عشرة فيرجع الثالث على الثاني بثلاثين ، والثاني على الأول بعشرين ؛ لأن الشقص يؤخذ من الثالث وقد انفسخ عقده ، وكذا الثاني) .

أي : اذا ثبت تخيّر الشفيع في الأخذ اذا كان تصرف المشتري موجباً للشفعة ، فلو باعه المشتري بعشرين وقد كان اشتراه بعشرة ـ فالجار الأول في قوله : (بعشرة) متعلق بالمشتري ، والثاني في قوله : (بعشرين) ـ فباعه المشتري الثاني بثلاثين فإن اخذه الشفيع من الأول انفسخ العقدان الأخران ، فيدفع الشفيع عشرة وهي الثمن الذي اشترى به المشتري الأول ، ثم يرجع كل من الثاني والثالث بما دفع ثمناً ، فيرجع الثالث بالثلاثين والثاني بالعشرين ؛ لأن الشقص ينتزع من الثالث وقد انفسخ عقده فيرجع الى ماله[1] ، وكذا الثاني

---

(١) في «م» : مالكه .

ولو أخذ من الثاني صح الأول ودفع عشرين ، ويبطل الثالث فيرجع بثلاثين .

ولو أخذ من الثالث صحت العقود ودفع ثلاثين .

ولو وقفه المشتري ، أو جعله مسجداً ، أو وهبه فللشفيع ابطال ذلك كله ، والثمن للواهب أن يأخذه إن لم تكن لازمة ،

انفسخ عقده .

قوله : (ولو أخذ من الثاني صح الأول ودفع عشرين ويبطل الثالث فيرجع بثلاثين ، ولو أخذ من الثالث صحت العقود ودفع ثلاثين) .

لا ريب أنه اذا أخذ بالشفعة بالعقد الثاني كان ذلك امضاءً للبيع الصادر من الأول وهو التصرف الأول فيصح ، ويبطل البيع الصادر من الثاني وهو العقد الثالث ، فيرجع الثالث بما دفعه وهو ثلاثون ، ويدفع الشفيع الى المشتري الثاني عشرين ، ولو أخذ بالبيع الثالث كان ذلك امضاء للعقود كلها فيدفع ثلاثين وهو ظاهر .

قوله : (ولو وقّفه المشتري ، أو جعله مسجداً ، أو وهبه فللشفيع ابطال ذلك كله والثمن للواهب أن يأخذه إن لم تكن لازمة) .

هذا هو القسم الآخر من قسمي تصرف المشتري ، وهو ما تجب به الشفعة كوقف الشقص ، وجعله مسجداً ، وهبته ، ونحو ذلك فللشفيع الأخذ بالشفعة وابطال ذلك كله لسبق حقه ، لكن لا يقع هذا التصرف من أول الأمر باطلاً خلافاً لبعض الشافعية[1] ؛ لأنه صدر من مالك تام الملك . وإن كان ملكه متزلزلاً كالمتهب حيث يكون للواهب الرجوع ، فاذا أخذ بالشفعة بطل الوقف والمسجدية ؛ لمضادتهما الأخذ بالشفعة .

أما الهبة فإما أن تكون لازمة أو جائزة ، فإن كانت جائزة فللواهب أن يأخذ

---

(١) منهم ابن سريج ، انظر: فتح العزيز المطبوع مع المجموع١١: ٤٦٧ .

وإلّا فاشكال .

الثمن على ما ذكره المصنف ، ووجهه ان للواهب أن يرجع في أصل الهبة فله أن يرجع في ثمن الموهوب ، ومقتضى كلامه هذا انه لو لم يرجع لكان الثمن للمتهب ، ويشكل بأن هذا إنما يتم على تقدير أن يكون الأخذ بالشفعة غير مبطل للهبة؛ لأن الأخذ إنما يكون بالبيع السابق ، ومتى كان الأخذ به امتنع الحكم بصحة التصرف الطارىء عليه ، ولهذا لو كان تصرف المشتري بالبيع حكمنا بأنه إن أخذ بالبيع الأول بطل الثاني واسترد المشتري الثاني الثمن .

ثم انه كيف يتصور كون الأخذ من المشتري والدرك عليه مع بقاء الهبة وثبوت ملك المتهب ، وهذا كما يكون منافياً لما ذكره في الهبة الجائزة فهو مناف لما ذكره من الاشكال في الهبة اللازمة كما لا يخفى .

لو قيل : ينفسخ من أحد الجانبين وهو جانب الشفيع خاصة دون الآخر .

دفعناه بما قلناه من اقتضائه زوال الدرك عن المشتري ، وهو باطل ، ولأن الفسخ نسبة فلا يعقل من أحد الجانبين .

وعليه مناقشة أُخرى ، وهو انه على ما ذكر في الهبة الجائزة من أن له الرجوع بالثمن؛ نظراً الى أن له أن يرجع في الأصل يجب أن لا يكـون له الرجوع في الثمن في الهبة اللازمة؛ لانقطاع حقه منها ، والحاصل أن الاخذ بالشفعة إما أن يقتضي ابطال الهبة فالثمن للواهب وجهاً واحداً ، وإلا فالثمن للمتهب مع اللزوم وجهاً وبدونه يتخير ، وهذا واضح ، وكلام التحرير[1] يلوح منه ذلك .

قوله : (وإلا فاشكال) .

أي : وإن كانت الهبة لازمة كالهبة لذي الرحم ، والمعوضة ففي كون الثمن للواهب أو للمتهب اشكال ينشأ : من بطلان الهبة بالأخذ بالشفعة لسبق

---

(١) التحرير٢ : ١٤٨ .

فإن قلنا به رجع المتهب بما دفعه عوضاً ، وإلاّ تخيّر بينه وبين الثمن ، فإن تقايل المتبايعان أو ردّه بعيب فللشفيع فسخ الإقالة والرد والدرك باق على المشتري ،

حق الشفيع ، ومن امكان الجمع بين الحقين ، وحق الشفيع إنما هو في العين ، ولا شغل له بإبطال الهبة من رأس فيأخذها وتبقى الهبة بحالها ، ويكون المراد من الابطال : ابطال اختصاص المتهب بالعين لا ابطال اصل الهبة ، وليس بشيء؛ لأن الشفيع إنما يأخذ بالبيع الأول من المشتري والدرك عليه والثمن حق له ، وهذه حقوق للشفيع ثابتة تنافي بقاء الهبة ، وهذا الاشكال ضعيف جداً ، والأصح ان الهبة تبطل في الموضعين ويرجع الأمر كما كان .

قوله : (فإن قلنا به رجع المتهب بما دفعه عوضاً ، وإلا تخيّر بينه وبين الثمن) .

أي : فإن قلنا بكون الثمن للواهب فإن كان المتهب قد دفع عوضاً للهبة فقد فات المعوض فيرجع به ، وإن لم نقل بكونه للواهب بل قلنا انه للمتهب ـ إذ لا واسطة ـ تخيّر المتهب بينه ـ أي بين العوض ـ وبين الثمن بأن يفسخ الهبة ويرجع بالعوض؛ لفوات الموهوب الذي بذل العوض في مقابله ، أو يبعها فيأخذ الثمن؛ لأنه حقه للزوم الهبة من طرف الواهب ، وقد عرفت ضعف ذلك كله .

قوله : (فإن تقايل المتبائعان ، أو رده بعيب فللشفيع فسخ الإقالة والرد ، والدرك باق على المشتري) .

اذا تقايل المتبائعان ، بعد ثبوت الشفعة كان للشفيع فسخ الاقالة؛ لأن حقه اسبق ، ومن جملة حقوقه أن يأخذ من المشتري وأن يكون الدرك عليه . وكذا لو رده المشتري لعيب كان للشفيع فسخ الرد بعين ما قلناه ، أما الارش فيأتي حكمه .

وقول المصنف : (والدرك باق على المشتري) يريد به في هذين

ولو رضي بالشراء لم تكن له الشفعة بالإقالة .

ولو قلنا بالتحالف عند التخالف في قدر الثمن ، وفسخنا البيع به فللشفيع أخذه بما حلف عليه البائع لأخذه منه هنا ،

الموضعين؛ لأنه حق ثبت عليه للشفيع فلا يملك ابطاله .

واعلم ان شيخنا الشهيد قال في حواشيه : إن فسخ الاقالة والرد يفهم منه امران : الأول : الفسخ مطلقا ، أي : بالنسبة الى الجميع ، فتكون الاقالة والرد نسياً منسيا . الثاني : انه بالنسبة الى الشفيع خاصة؛ لأنهما مالكان حال التصرف فيترتب أثر تصرفهما عليه ، قال : وتظهر الفائدة في النماء ، فعلى الأول نماء الثمن بعد الاقالة والرد للبائع ونماء المبيع للمشتري ، وعلى الثاني بالعكس .

اقول : إن الاقالة والرد يقتضيان الفسخ والفسخ لا يتجزأ ، فإما الصحة مطلقاً ، أو البطلان مطلقاً ، فحيث كان حق الشفيع اسبق كان الوجه البطلان مطلقاً .

قوله : (ولو رضي بالشراء لم تكن له الشفعة بالاقالة) .

لأن الاقالة فسخ عندنا لا بيع ، خلافاً لأبي حنيفة[1] ومثله ما لو رضي الشفيع ايضا بالشراء ثم رده المشتري بعيب لا شفعة ، خلافاً له ايضا[2] .

قوله : (ولو قلنا بالتحالف عند التخالف في قدر الثمن ، وفسخنا البيع به فللشفيع أخذه بما حلف عليه البائع لاخذه منه هنا) .

أي : اذا اختلف المتبائعان في قدر الثمن ، وقلنا بأنهما يتحالفان وينفسخ البيع فحق الشفيع باق؛ لسبقه وتحقق ثبوته ، فيأخذه بما حلف عليه البائع لا بما حلف عليه المشتري؛ لأن الأخذ هنا من البائع وذلك فرع فسخ البيع ، ولو

---

(١) اللباب في شرح الكتاب٢ : ٣٢ .

(٢) اللباب في شرح الكتاب٢ : ١٢١ .

والشفيع يأخذ من المشتري ودركه عليه .

ولو كان في يد البائع كلّف الأخذ منه أو الترك ، ولا يكلّف المشتري القبض والتسليم ، ويقوم قبض الشفيع مقام قبض المشتري والدرك مع ذلك على المشتري .

حكمنا بأخذه بما حلف عليه المشتري لوجب المنع من الفسخ لانتفاء فائدته حينئذ .

ويشكل بثبوت ما حلف عليه البائع في حق الشفيع مع تكذيبه ، والفسخ الواقع فرع التحالف ، وهو في حق المتبائعين خاصة دون الشفيع ؛ ولأن البائع إنما يحلف لنفي ما يدعيه المشتري لا لاثبات ما يدعيه هو فكيف يأخذ بما حلف عليه البائع ، إلا ان يقال : لما كان ذلك مقتضى الحلف ، لأنه اذا نفى ما يدعيه المشتري لزم ثبوت ما يدعيه هو ، لاتفاقهما على نفي ما عدا ما اختلفا فيه ، نعم اذا قلنا : إن كلا منهما يحلف يميناً جامعة للنفي والاثبات اندفع الاشكال .

والمتجه على القول بالتحالف بقاء الدعوى بين الشفيع والبائع فتكون كالدعوى بين الشفيع والمشتري ، وحيث كان المعتمد تقديم قول البائع وقول المشتري مع تلفها ، فاذا حلف البائع لبقائها أخذ الشفيع بما ادعاه المشتري ؛ لأن أخذه منه فلا يستحق عليه الزيادة التي يدّعي كونها ظلماً ، نعم لو صدّق الشفيع البائع وجب عليه دفع ما حلف عليه وإن لم تكن للمشتري المطالبة بالزيادة ؛ لاعترافه بعدم استحقاقها .

قوله : (والشفيع يأخذ من المشتري ودركه عليه) .

إنما يأخذ الشفيع من المشتري ؛ لأن استحقاقه عليه لانقطاع ملكية البائع بالبيع ، ودرك المبيع على المشتري لو ظهر استحقاقه لأخذه منه ، فيرجع عليه بالثمن وبما اغترمه على ما سبق تفصيله .

قوله : (ولو كان في يد البائع كلّف الأخذ منه أو الترك ، ولا يكلف المشتري القبض والتسليم ، ويقوم قبض الشفيع مقام قبض المشتري ،

وليس للشفيع فسخ البيع والأخذ من البائع ، ولا تصح الإقالة بين الشفيع والبائع .

ولو انهدم ، أو تعيّب بفعل المشتري قبل المطالبة ، أو بغير فعله مطلقاً تخيّر الشفيع بين الأخذ بالجميع أو الترك ،

والدرك مع ذلك على المشتري) .

أي : لو كان المبيع وهو المشفوع في يد البائع فليس للشفيع تكليف المشتري قبضه وتسليمه اليه ، بل للشفيع أحد الأمرين : إما الأخذ منه ، أو الترك للأصل؛ ولأن الشقص حق الشفيع فحيث ما وجده أخذ ؛ ولأن أخذ الشفيع بمنزلة أخذ المشتري؛ لأنه استحق قبض ذلك من جهته فلا حاجة الى تكليفه امراً لا يفوت بعدمه حق على الشفيع . وللشافعية قول بأن له أن يكلّفه ذلك؛ لأن الشفيع بمنزلة المشتري من المشتري ، وفيه ضعف ، فاذا قبضه الشفيع من البائع كان ذلك كقبض المشترى ، والدرك على المشتري على كل حال .

قوله : (وليس للشفيع فسخ البيع والأخذ من البائع ، ولا تصح الاقالة بين الشفيع والبائع) .

لأن حق الشفيع منحصر في الأخذ من المشتري ، ولا حق له في فسخ بيع المشترى ، والاقالة إنما تصح ممن صدر العقد له .

قوله : (ولو انهدم ، أو تعيّب بفعل المشتري قبل المطالبة ، أو بغير فعله مطلقاً تخيّر الشفيع بين الأخذ بالجميع أو الترك) .

اذا اشترى شقصاً من دار فاستهدم ، أو تعيّب ـ من غير أن يتلف ـ بعضها بفعل المشتري أو بغير فعله ، قبل المطالبة بالشفعة أو بعدها فها هنا أربع صور :

الأولى : أن يكون ذلك بفعل المشتري قبل مطالبة الشفيع بالشفعة بأن

. . . .

ينقض البناء ، أو يشق الجدار ، أو يكسر الجذع مع سلامة الأعيان ، فإن الشفيع بالخيار بين الأخذ بكل الثمن وبين الترك ؛ لأن المشتري إنما تصرّف في ملكه تصرفاً يسوغ له شرعاً ، فلا يكون مضموناً عليه ، والفائت من المبيع لا يقابل بشيء من الثمن فلا يستحق الشفيع في مقابله شيئاً ، كما لو تعيّب المبيع في يد البائع فإن المشتري يتخير بين الفسخ وبين الأخذ بجميع الثمن عند بعض علمائنا . وفيه نظر ، فإن المشتري وإن تصرّف في ملكه إلا أن حق الشفيع قد تعلّق به ، فيكون ما فات منه محسوباً عليه ، كما يحسب عليه عين المبيع ، ولا استبعاد في تضمين المالك ما يجني على ملكه اذا تعلّق به حق الغير كالرهن اذا جنى عليه الراهن . وقد سبق في كتاب البيع وجوب الأرض على البائع اذا تعيّب المبيع في يده ، فينبغي أن يكون هنا كذلك ، وقد نبه كلام المصنف في التذكرة على ذلك[1] .

الثانية والثالثة : أن يكون ذلك بغير فعل المشتري مطلقاً ، أي : سواء طالب الشفيع بالشفعة أم لا ، فإنه لا شيء على المشتري بل يتخير الشفيع بين الأخذ بمجموع الثمن والترك . وتقريبه مع ما سبق : أن ذلك ليس بفعل المشتري وملكه غير مضمون عليه .

وجوابه مع النقض بما اذا تلف بعض المبيع ، والذي يقتضيه النظر ثبوت الأرش في الصورتين أيضاً ، وكلام المصنف في التذكرة مطابق لذلك ، فإنه فرض المسألة فيما اذا تعيّب الشقص من غير تلف شيء من العين ، من غير تقييد بكون ذلك بفعل المشتري وكونه بعد المطالبة وعدمه ، ثم حكى قول بعض الاصحاب بوجوب الأرش بمثل هذا التعيّب في المبيع ولو كان في يد البائع ، ثم قال : فينبغي أن يكون هنا كذلك[2] ، وهذا متجه .

---

(١) التذكرة١ : ٥٢٥ و٥٩٧ .

(٢) التذكرة١ : ٥٩٧ .

والأنقاض للشفيع وإن كانت منقولة .

ولو كان بفعل المشتري بعد المطالبة ضمن المشتري على رأي .

قوله : (والأنقاض للشفيع وإن كانت منقولة) .

الأنقاض بفتح الهمزة ثم النون والقاف بعدها والضاد المعجمة آخراً ، جمع نقض بكسر النون : وهي الآلات التي يبقى من البناء بعد نقضه ، وإنما كانت للشفيع لأنها جزء المبيع ولا يضر كونها منقولة الان الا اذا كانت مثبتة وقت البيع لسبق استحقاق الشفيع لها تبعا كما سبق بيانه .

قوله : (ولو كان بفعل المشتري بعد المطالبة ضمن المشتري على رأي) .

هذه هي الصورة الرابعة ، وما افتى به هو المشهور؛ لأن الشفيع استحق بالمطالبة أخذ المبيع كاملاً وتعلّق حقه به ، فاذا نقص بفعل المشترى ضمنه له ، وهذا كما يدل على الضمان في هذه الصورة يدل على الضمان في باقي الصور؛ لأن استحقاق الشفيع لم يثبت بالمطالبة بل بالبيع ، واذا كان هذا مضموناً عليه للشفيع فلا فرق بين أن يكون ذلك بفعل المشتري أو بفعل غيره ، وقال الشيخ في ظاهر كلامه لا ضمان؛ لأن الشفيع لا يملك بالمطالبة بل بالأخذ ، فيكون المشتري قد تصرف في ملكه تصرفاً صحيحاً فلا يضمنه لغيره[1] ، وضعفه ظاهر؛ لأنه وإن كان مملوكاً للمشتري لكن في وقت التصرف هو مستحق للشفيع .

ثم انه ينبغي أن لا يكون المراد من الضمان : غرم البدل ، بل سقوط حصته من الثمن ، ولا سبيل الى أن يأخذ منه الثمن كله في مقابلة ما بذل فيه بعض الثمن؛ لأن ذلك ظلم محض ، وخروج عن مقتضى الشفعة ، وهو أخذ المبيع الذي جرى عليه العقد ، ودفع ثمنه الذي جرى عليه العقد ايضاً ، اللهم

---

(١) المبسوط٣: ١١٦ .

أما لو تلف بعض المبيع فالأقرب أنه يأخذه بحصته من الثمن وإن لم يكن بفعل المشتري .

إلا اذا قلنا : إن التالف لا قسط له من الثمن فيتجه ما قاله الشيخ[١] ، أو ضمان قيمة التالف كما يشعر به ظاهر قولهم : ضمن المشتري ، لكن لا نقول به .

قوله : (أما لو تلف بعض المبيع فالأقرب أنه يأخذه بحصته من الثمن وإن لم يكن بفعل المشتري) .

المراد : انه اذا تلف بعض عين المبيع ، وهو ما يقابل بشيء من الثمن قطعاً كما لو تلف بعض العرصة بسيل ونحوه ، أو احترق سقف البيت على القول بأن الأبنية كأحد العبدين المبيعين وهو الأصح ، وقيل إنها كأطراف العبد وصفاته فلا يتقسط عليها الثمن فيكون من قبيل الاستهدام وقد سبق حكمه ، وقد حكى القولين المصنف في التذكرة[٢] ، فعلى الأصح في هذا الحكم فيه وفيما قبله أخذ الشفيع له بحصة من الثمن على الأقرب؛ لأن ايجاب دفع الثمن كاملاً في مقابل بعض المبيع يستدعي دفع أحد العوضين لا في مقابل العوض ، وذلك اكل مال بالباطل لا محالة .

وقال الشيخ في المبسوط : إن نقص بفعل المشتري أخذ الباقي بالقيمة ، ولعله يريد الأخذ بحصة من الثمن ، ولا يكون ذلك إلا باعتبار القيمة أو حيث يتطابق الثمن والقيمة[٣] .

وقال في الخلاف : إن كان ذلك بأمر سماوي أخذ بجميع الثمن أو ترك ، وإن كان بفعل آدمي أخذ الباقي بالحصة[٤] . وهو ضعيف؛ لأن الثمن في مقابل المجموع فالأبعاض في مقابل الأبعاض ، ولا أثر للآفة في زوال هذه المقابلة .

---

(١) المبسوط٣ : ١١٦ .
(٢) التذكرة١ : ٥٩٧ .
(٣) المبسوط٣ : ١١٦ .
(٤) الخلاف٢ : ١٠٨ مسألة١٣ كتاب الشفعة.

ولو بنى المشتري أو غرس ، بأن كان الشفيع غائباً أو صغيراً ، أو طلب المشتري من الحاكم القسمة فللمشتري قلع غرسه وبنائه ، وليس عليه طم الحفر .

ويحتمل وجوبه ؛ لأنه نقص دخل على ملك الشفيع لتخليص ملكه .

والأصح الأخذ بالحصة إن شاء ، ولم يفرّق أحد ها هنا ـ وهو ما اذا كان التالف بعض العين ـ بين كونه قبل المطالبة وبعدها ، والظاهر أن هذا الفرق في الأولى غير واضح .

قوله : (ولو بنى المشتري أو غرس بأن كان الشفيع غائباً ، أو صغيراً ، أو طلب المشتري من الحاكم القسمة فللمشتري قلع غرسه وبنائه ، وليس عليه طم الحفر . ويحتمل وجوبه ؛ لأنه نقص دخل على ملك الشفيع لتخلص ملكه) .

أي : لو بنى المشتري أو غرس في الشقص المشفوع ، وذلك بأن قسمه عن حق الشريك الذي هو الشفيع مع بقاء الشفعة ، ويتصور ذلك بأن يكون الشفيع غائباً أو صغيراً ونحو ذلك ، فيطلب المشتري من الحاكم القسمة فيقسّم له فيبني ويغرس ، ثم يحضر الشفيع فيأخذ بالشفعة فللمشتري حينئذ قلع غرسه وبناءه ؛ لأنه ملكه ولم يكن ظالماً بفعله ، وليس عليه طم الحفر لما قلناه من أنه فعل ذلك بحق ؛ لأنه كان حينئذ مالكاً جائز التصرف وفي القلع مصلحة الشفيع ؛ لأن فيه تفريغ الشقص . ويحتمل وجوبه ؛ لأنه نقص دخل على ملك الشفيع لمصلحة المشتري ؛ لأن ذلك يتضمن تخليص ملك المشتري أيضاً من ملك الشفيع .

والتفصيل قوي بأن يقال : إن كان القلع بطلب الشفيع لم يجب الطم ؛ لأن طلبه القلع يتضمن الاذن في الحفر ، وليس هو كالغاصب ؛ لأنه غير عاد بفعله ، وإن كان القلع من المشتري ابتداءً وجب ؛ لأن النقص قد حدث في

أما نقص الأرض الحاصل بالغرس والبناء فإنه غير مضمون ؛ لأنه لم يصادف ملك الشفيع ، ويأخذ الشفيع بكل الثمن أو يترك .

ولو امتنع المشتري من الإزالة تخيّر الشفيع بين قلعه مع دفع الأرش على اشكال ، وبين بذل قيمة البناء والغرس إن رضي المشتري ومع عدمه نظر ، وبين النزول عن الشفعة

ملك غيره بفعله لمصلحته من غير اذن من الغير فيجب اصلاحه ، وهو خيرة المختلف[1] . وهل يملك الشفيع اجبار المشتري على القلع؟ صرح به في التذكرة[2] ، ولو قيل به لم يكن بعيداً بعد بذل الأرش .

قوله : (أمّا نقص الأرض الحاصل بالغرس والبناء فإنه غير مضمون؛ لأنه لم يصادف ملك الشفيع، ويأخذ الشفيع بكل الثمن) .

لأن هذا الناقص ليس له قسط من الثمن فلا يضمنه المشتري ، نعم لو كان ذلك بعد المطالبة اتجه القول بضمانه على ما سبق في مسألة الاستهدام ، والتعيب هذا اذا كان النقص بالغرس ، أما لو كان بالقلع فقد قال الشيخ وجماعة بعدم الضمان؛ معللاً بأنه تصرف في ملك نفسه[3] ، واختار المصنف في المختلف وجوب الارش إن كان ذلك باختيار المشتري ؛ لأن النقص حدث على ملك الغير بفعله لتخليص ملكه فيضمنه[4] ، وقولهم : إنه لم يصادف ملك الشفيع غير واضح ؛ لأن القلع صادف ملك الشفيع ، إذ الفرض أنه بعد الأخذ بالشفعة فلا يتم ما ذكروه ، وهذا اصح .

قوله : (ولو امتنع المشتري من الازالة تخيّر الشفيع بين قلعه مع دفع الارش على اشكال ، وبين بذل قيمة البناء والغرس إن رضي المشتري ومع عدمه نظر ، وبين النزول عن الشفعة) .

---

(١) المختلف: ٤٠٨.

(٢) التذكرة١ : ٥٩٨.

(٣) المبسوط: ١١٨.

(٤) المختلف: ٤٠٨.

. . . .

أي : اذا امتنع المشتري من قلع النباء والغرس تخيّر الشفيع بين ثلاثة أشياء :

أحدها : القلع؛ لأن له تخليص ملكه من ملك غيره ، والظاهر أن هذا الحكم لا اشكال فيه ، والشارح الفاضل قال : إن الاشكال في العبارة في استحقاق القلع ووجوب الأرش[1] ، والظاهر أنه وهم؛ إذ لا يتصور وجوب ابقاء شغل ملك الشفيع بملك المشتري على الدوام بعد انقطاع حقه من الشقص ، إلا أن يتخيل وجوب قبول الأجرة على الشفيع ، أو وجوب دفع القيمة عليه وإن لم يرض ، وبطلان هذا اظهر من ان يحتاج الى البيان .

اذا تقرر ذلك ، فاذا اختار الشفيع القلع فهل عليه دفع ارش نقص البناء والغرس الحاصل بالقلع؛ فيه اشكال ينشأ : من أن النقص على ملك المشتري بفعل الشفيع لمصلحته يجب أن يكون مضموناً عليه ، فإن المشتري لم يكن عادياً بذلك الفعل ، فاذا أتلف شيئاً من مال المشتري لمصلحته ضمنه له . ومن أن التفريط حصل بفعل المشتري؛ لأنه غرس في أرض مستحقة للغير ، وهذا مختار المصنف في المختلف[2] والأول اختيار الشيخ[3] وهو اقوى ، فإن التصرف في الشقص مأذون فيه شرعاً ، فإن المشتري مالك ملكاً تاماً ، وجواز الأخذ بالشفعة لا ينافي ذلك ، وليس هو بأبعد من غرس المستعير فإنه في كل آن يجوز رجوع المعير ، فعلى هذا لا يجوز قلعه إلا مع بذل الأرش هذا أحد الأمور الثلاثة .

الثاني : بذل قيمة البناء والغرس إن رضي المشتري ، ولا بحث فيه ، أما اذا لم يرض فهل يملك أخذه بالقيمة ويجب على المشتري قبولها؟ فيه نظر ينشأ : من أنها معاوضة فيفتقر الى رضى المتعاوضين ، وإلا كان ذلك اكل مال

---

(١) ايضاح الفوائد٢ : ٢١٤ .

(٢) المختلف : ٤٠٨ .

(٣) الخلاف٢ : ١٠٩ مسألة ١٤ كتاب الشفعة .

فإن اتفقا على بذل القيمة ، أو أوجبنا قبولها على المشتري مع اختيار الشفيع لم يقوّم مستحقاً للبقاء في الأرض ولا مقلوعاً ؛ لأنه إنما يملك قلعه مع الأرش ، بل إما أن تقوّم الأرض وفيها الغرس ثم تقوّم خالية فالتفاوت قيمة الغرس فيدفعه الشفيع أو ما نقص منه إن اختار القلع ، أو يقوّم الغرس مستحقاً للترك بالأجرة ، أو لأخذه بالقيمة اذا امتنعا من قلعه .

بالباطل كما دل عليه قوله تعالى : ﴿لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾[1] ولقوله عليه السلام : « لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس منه »[2] ومن أن ذلك اقرب الى مصلحة كل منهما ؛ لأن فيه جمعاً بين الحقين ودفعا للضرر العظيم اللازم بكل منهما بقلع البناء والغرس وهو مذهب اكثر الاصحاب والاول قوي . والثالث نزول الشفيع عن الشفعة ولا بحث فيه .

قوله : (فإن اتفقا على بذل القيمة ، أو أوجبنا قبولها على المشتري مع اختيار الشفيع لم يقوّم مستحقاً للبقاء في الأرض ولا مقلوعاً لأنه إنما يملك قلعه مع الأرش ـ بل إما أن تقوّم الأرض وفيها الغرس ثم تقوّم خالية فالتفاوت قيمة الغرس فيدفعه الشفيع أو ما نقص منه إن اختار القلع ، أو يقوّم الغرس مستحقاً للترك بالأجرة ، أو لأخذه بالقيمة اذا امتنعا من قلعه) .

اذا اتفق كل من الشفيع والمشتري على بذل قيمة الغرس ، أو أوجبنا قبولها على المشتري اذا اختار الشفيع بذلها فلا بد من معرفة القيمة السوقية ، والمرجع فيها الى الصفات الثابتة للغرس ؛ لأنها مناط الرغبات ، فلا يقوم مستحقاً للبناء في الأرض إذ لا يستحق ذلك ، ولا مقلوعاً ؛ لأن الشفيع لا يملك القلع إلا بالأرش . وهذا رجوع من المصنف عن الاشكال السابق الى الجزم ،

---

(١) سورة النساء : ٢٩ .

(٢) سنن الدارقطني ٣ : ٢٦ حديث ٩١و٩٢ .

. . . .

بل الطريق الى ذلك : إما أن تقوّم الأرض وفيها الغرس ، ثم تقوّم خالية فالتفاوت قيمة الغرس فيدفعه الشفيع ، أو يدفع ما نقص منه إن اختار القلع ، فيكون ذلك طريق معرفة الأرش على القول بوجوب بذله ، فيكون (ما نقص) معطوفاً على الضمير المنصوب في قوله : (فيدفعه) ويجوز أن يكون معطوفاً على مفعول (تقوّم) وهو الأرض ، والمعنى لا يختلف .

وإما أن يقوّم الغرس مستحقاً للترك بالأُجرة ، أو لأخذه بالقيمة اذا امتنعا من قلعه ، أي : يقوّم منظوراً فيه الى هذين الوصفين ، فيقال : كم قيمة غرس يستحق الابقاء في أرض الغير بالأُجرة ، ويستحق صاحب الأرض أخذه بالقيمة عند امتناع كل من مالكه ومالك الأرض من قلعه ، وكل من الوصفين موجب لنقصان القيمة ، فإن ما لا يبقى إلا بالأُجرة قيمته انقص من قيمة ما يبقى مجاناً ، وكذا ما يستحق أخذه بالقيمة قهراً .

وهذا إنما يتأتى على القول بأن الشفيع لا يجب عليه أرش (النقص)[1] بالقلع ، أما على القول به فإنه لا يملك طلب الأُجرة على الابقاء؛ لأن القلع لا يسوغ إلا مع ضمان الأرش فما دام لا يبذله فالابقاء واجب ، وكذا لا يتأتى إلا على القول باستحقاق الشفيع الأخذ بالقيمة وإن لم يرض المشتري ، وضعفهما قد علم ، وقد نبّه على ذلك في الدروس[2] . ويرد على الأول أيضاً انه قد يكون لضميمة كل من الغرس والأرض الى الآخر باعتبار الهيئة الاجتماعية دخل في زيادة القيمة ، وذلك بتمامه لا يستحقه المشتري فكيف يكون ما عدا قيمة الأرض خالية من مجموع القيمتين حقاً للمشتري؟

والأوجه أن يقوّم الغرس قائماً غير مستحق للقلع إلا بعد بذل الأرش ، وما ينقص عن هذه القيمة بالقلع ارشه ، أو تقوّم الأرض وفيها الغرس ثم يقوم كل

---

(١) لم ترد في «ق».
(٢) الدروس: ٣٩٢.

ولو اختلف الوقت فاختار الشفيع قلعه في وقت أسبق تقصر قيمته عن قلعه في آخر فله ذلك .

ولو غرس المشتري ، أو بنى مع الشفيع أو وكيله في المشاع ثم أخذه الشفيع فالحكم كذلك ،

منهما منفرداً[١] ، فإن بقي من مجموع القيمتين بقية قسّم عليهما على نسبة كل من القيمتين ، وهذا اسلم من الجميع ، فاذا كانت قيمة المجموع مائة ، والأرض اربعين ، والغرس خمسين تكون العشرة الزائدة باعتبار الاجتماع مقسومة على تسعة ، للأرض اربعة اتساعها وللغرس خمسة اتساعها ، ثم انه لا يخفى ما في العبارة من عدم الجزالة .

واعلم ان قوله : (اذا امتنعا من قلعه) ليس شرطاً للتقوم ، بل هو من تتمة الوصف اعني : قوله : (أو لأخذه بالقيمة) في هذا الحال .

قوله : (ولو اختلف الوقت فاختار الشفيع قلعه في وقت اسبق تقصر قيمته عن قلعه في آخر فله ذلك) .

أي : لو اختلف الوقت في قيمة الغرس فاختار الشفيع قلعه في الوقت الذي تكون قيمته فيه قليلة ليخف الارش كان له ذلك ، إذ لا يجب عليه الإبقاء الى أن يجيء الزمان الذي يكثر فيه قيمته قطعاً .

قوله : (ولو غرس المشتري ، أو بنى مع الشفيع أو وكيله في المشاع ثم أخذه الشفيع فالحكم كذلك) .

أي : لو غرس المشتري أو بنى في الشقص المشفوع حال الاشاعة مع الشفيع أو وكيله ، بحيث يكون الغرس والبناء بالاذن المعتبر ، ويتصور ذلك بأن يعتقد الشفيع أن لا شفعة له أو يتوهم كثرة الثمن ثم يتبين الخلاف ، فإنه اذا أخذ بالشفعة يكون الحكم فى الغرس والبناء كالحكم فيهما اذا حصلت القسمة

---

(١) في «ق»: سواء.

ولو زرع المشتري فللشفيع أخذه وعليه ابقاء الزرع الى أوان الحصاد مجاناً ، والنماء المنفصل المتجدد بين العقد والأخذ للمشتري وإن كان نخلا لم يؤبر على رأي ،

ثم غرس أو بنى في خاصته ثم اخذه الشفيع ، وقد سبق ذكر احكام ذلك مستوفى .

قوله : (ولو زرع المشتري فللشفيع أخذه وعليه ابقاء الزرع الى أوان الحصاد مجاناً) .

أي : لو كان تصرف المشتري في الشقص المشفوع بعد القسمة الشرعية ، أو بالاذن مع الاشاعة بالزرع ، فانه اذا أخذ الشفيع يجب عليه ابقاء الزرع الى أوان حصاده مجاناً ؛ لأنه تصرف بحق وله أمد ينتظر فتكون مدته كالمنفعة المستوفاة للمشتري ، فإن منافع الشقص قبل الأخذ بالشفعة مملوكة له ، ولا كذلك الغرس والبناء ؛ لأنه ليس لهما أمد ينتظر فيه القلع ، فلولا ثبوت حق القلع للشفيع لزم الضرر العظيم بدفع الثمن واستحقاق المنفعة للغير ، فيكون بمنزلة نفي ثبوت الشفعة وأبعد .

فرع : لو آجر المشتري الى مدة فأخذ الشفيع فهل له فسخ الاجارة؟

قوله : (والنماء المنفصل المتجدد بين العقد والأخذ للمشتري وإن كان نخلاً لم يؤبر على رأي) .

أي : النماء المنفصل الحاصل بين عقد البيع وبين أخذ الشفيع بالشفعة للمشتري ؛ لأنه نماء ملكه فإنه حينئذ مالك بالاستقلال ، وتزلزل الملك لا ينافي ملك النماء وإن كان النماء ثمرة نخل لم يؤبر وقت الأخذ وإن كان المبيع نخلاً مع أرض لم تؤبر فإن ثمرته المتجددة بعد البيع للمشتري ، ولا يكون عدم تأبيرها موجباً لتبعيتها للشقص في الشفعة فيأخذها الشفيع ، خلافاً للشيخ حيث حكم بذلك ؛ لكون الثمرة قبل التأبير تتبع الأصل في البيع وتجري مجرى الجزء

وعلى الشفيع التبقية الى وقت أخذه مجاناً ، أما المتصل فللشفيع .

ولو كان الطلع غير مؤبر وقت الشراء فهو للمشتري ، فإن أخذه الشفيع بعد التأبير أخذ الأرض والنخل دون الثمرة بحصتهما من الثمن .

فيكون للمشتري[1] ، وهو ضعيف؛ لأن الحكم يثبت في البيع على خلاف الأصل بالنص[2] فإن الثمرة ليست جزءاً من الشجرة فإلحاق الشفعة به في ذلك قياس ، واحترز بـ (المنفصل) عن المتصل ككبر الشجرة وزيادة اغصانها ، فإن ذلك جزء حقيقة ، وسيأتي في قول المصنف : (أما المتصل فللشفيع) .

قوله : (وعلى الشفيع التبقية الى وقت أخذه مجاناً) .

لما سبق بيانه في الزرع .

قوله :(ولو كان الطلع غير مؤبر وقت الشراء فهو للمشتري، فإن أخذه الشفيع بعد التأبير أخذ الأرض والنخل دون الثمرة بحصتهما من الثمن) .

لا ريب ان الطلع اذا كان غير مؤبر وقت الشراء كان للمشتري ، فاذا أخذ الشفيع المشفوع فإما أن يأخذه بعد تأبير الطلع أو قبله ، فإن أخذه بعد التأبير فالثمرة للمشتري قطعاً ، فيجب أن يسقط من الثمن حصة الطلع منه؛ لأنه قد ضم غير المشفوع الى المشفوع .

وطريق ذلك تقويم الجميع ثم تقويم الطلع ، وتنسب قيمته الى قيمة المجموع ، ثم يسقط من الثمن بهذه النسبة وإن كان الأخذ بالشفعة قبل التأبير ، ولم يصرح المصنف بحكمه هنا ، وفي التذكرة قوّي دخوله في الشفعة كما دخل في المبيع فصار بمنزلة النخل في الأرض[3] ، وفيه نظر؛ لأن دخول الطلع في المبيع على خلاف الأصل فلا يلحق به الأخذ بالشفعة ، ثم ان ثبوت

---

(١) المبسوط٣: ١١٨.

(٢) الكافي٥: ١٧٦ حديث١٠، التهذيب٧: ٩٨٩ حديث٣٧٩، الاستبصار٣: ٩١ حديث٣١٠.

(٣) التذكرة١: ٥٩٩.

ولو ظهر استحقاق الثمن فإن لم يكن معيّناً فالإستحقاق باق ، وإلاّ بطلت الشفعة ، ولا تبطل لو كان المدفوع من الشفيع مستحقاً .

ولو ظهر عيب في الثمن المعيّن فرده البائع قدّم حق الشفيع ، فيطالب البائع بقيمة الشقص إن لم يحدث عنده ما يمنع الرد ،

الشفعة على خلاف الأصل فيقتصر فيه على مالا يعد[1] منقولاً .

قوله : (ولو ظهر استحقاق الثمن فإن لم يكن معيناً فالإستحقاق باق ، وإلا بطلت الشفعة) .

لأن الثمن يتعيّن بالتعيين ، فاذا ظهر استحقاقه تبين بطلان البيع فلا شفعة ، بخلاف ما لو لم يكن الثمن معيناً فإن المدفوع حينئذ لا يتعين كونه الثمن على تقدير الإستحقاق ، بل الثمن أمر كلي في الذمة .

قوله : (ولا يبطل لو كان المدفوع من الشفيع مستحقاً) .

لأن الاستحقاق ثابت بالبيع ، وهو واضح ، لكن هل يكون تملكه باطلاً؟ لم يصرح فيه بشيء ، وعلى ما ذكره من أن دفع الثمن شرط لحصول الملك بالأخذ يجب أن يكون تملكه باطلاً ، فعلى هذا يراعى في أخذه بعد ذلك الفور على ما سبق اختياره .

قوله : (ولو ظهر عيب في الثمن المعيّن فرده البائع قدّم حق الشفيع فيطالبه البائع بقيمة الشقص إن لم يحدث عنده ما يمنع الرد) .

إي : لو ظهر عيب في الثمن المعيّن فللبائع رده؛ لأن ذلك حق له فلا يسقط لكن لا يسقط حق الشفيع لأنه قد ثبت لكون البيع صحيحاً والفسخ طاريء فلا يزول ، فحينئذ يطالب البائع المشتري بقيمة الشقص؛ لأنه في حكم التالف . والظاهر أن الواجب قيمته حين الرد؛ لأنه حين انفساخ البيع ، وإنما

---

(١) في «م»: ما يعد.

وبالأرش إن حدث ، ولا يرجع على الشفيع إن كان أخذه بقيمة العوض الصحيح .

ولو عاد الى المشتري بهبة وشبهها لم يملك رده على البائع ، ولو طلبه البائع لم تجب اجابته .

يثبت للبائع الرد اذا لم يحدث عنده في الثمن عيب يمنع الرد ، واذا رد وأخذ قيمة الشقص فمن يكون الأخذ في الحقيقة ، أمن البائع أم من المشتري والدرك عليه؟ والمسألة ذات اقسام :

الأول : أن يكون العلم بالعيب والرد بعد أخذ الشفيع من المشتري .

الثاني : أن يكون كل منهما قبل أخذه .

الثالث : أن يكون العلم قبل الأخذ والرد بعده ، وعبارة المصنف هنا مطلقة لكن سيأتي القسمان الأخيران في كلامه بعد، فلعل مراده هنا هو الأول . واعلم أنه سيأتي في كلام المصنف في القسم الثاني ما يدل على أن الأخذ من المشتري ، حيث رد البائع الثمن والشقص في يد المشتري فيغرم قيمته وإن زادت عن قيمة الثمن .

قوله : (وبالأرش إن حدث ، ولا يرجع على الشفيع إن كان أخذه بقيمة العوض الصحيح) .

أي فيطالب البائع بقيمة الشقص إن لم يحدث الى آخره ، وبالأرش إن حدث لتعذر الرد حينئذ ، فلا يجوز أن يذهب عليه ما فات من الثمن بالعيب ، فاذا اغرم المشتري الأرش لم يرجع به على الشفيع إن كان قد أخذه بالثمن الصحيح بمثله صحيحاً إن كان مثلياً ، وإلا فبقيمته إن كان قيمياً ، وإن لم يكن أخذه كذلك فله المطالبة بالمثل الصحيح أو بباقي قيمة الصحيح .

قوله : (ولو عاد الى المشتري بهبة وشبهها لم يملك رده على البائع ، ولو طلبه البائع لم تجب اجابته) .

ولو نقصت قيمة الشقص عن قيمة الثمن فالأقرب ان الشفيع لا يرجع بالتفاوت .

ولو كان في يد المشتري فردّ البائع الثمن بالعيب لم يمنع الشفيع ؛ لسبق حقه ويأخذه بقيمة الثمن ، وللبائع قيمة الشقص وإن زادت عن قيمة

أي : لو عاد الشقص بهبة ونحوها لم يكن للمشتري رده والمطالبة بالقيمة ، ولا للبائع رد القيمة وأخذه؛ لأن الواجب في ذلك الوقت هو دفع القيمة عوضاً وقد دفعها كذلك فملكها البائع وبرئت ذمة المشتري فليس لأحدهما ابطال ذلك .

قوله : (ولو نقصت قيمة الشقص عن قيمة الثمن فالأقرب أن الشفيع لا يرجع بالتفاوت) .

أي : لو نقصت قيمة الشقص ـ الذي استحق البائع أخذها عند رد الثمن المعيّن لعيب فيه ـ عن قيمة الثمن فالأقرب أن الشفيع لا يرجع بالتفاوت بين قيمة الشقص والثمن اذا كان قد دفعه ، ووجه القرب : ان الشفيع إنما يستحقه بالثمن الذي جرى عليه العقد فلا يتعين حكمه بالرد بالعيب .

وقال الشيخ : يرجع ، لأن العقد قد بطل ، فلم يُعتبر ما وقع عليه بل المعتبر ما استقر وجوبه على المشتري[1] . وهو ضعيف؛ لأن بطلان العقد الطارىء لا يزيل ما ثبت ، لأن العقد لما وقع كان صحيحاً فلا يزول مقتضاه ، والظاهر أنه لا فرق بين أن يكون الشفيع قد دفع الثمن أو لا ، فإن لم يكن قد دفع فالذي يقتضيه النظر وجوب دفعه ، وسيأتي ما يدل عليه عن قريب إن شاء الله تعالى ، والحكم في الدرك قد نبهنا عليه .

قوله : (ولو كان في يد المشتري فرد البائع الثمن بالعيب لم يمنع الشفيع ؛ لسبق حقه ويأخذه بقيمة الثمن ، وللبائع قيمة الشقص وإن زادت

---

(١) المبسوط ٣ : ١٣٢ .

الثمن ولا يرجع المشتري بالزيادة .

ويحتمل تقديم حق البائع ؛ لأن حقه استند الى وجود العيب الثابت حالة البيع والشفعة تثبت بعده ، بخلاف المشتري لو وجد المبيع معيباً ؛ لأن حقه استرجاع الثمن وقد حصل من الشفيع فلا فائدة في الرد .

عن قيمة الثمن ، ولا يرجع المشتري بالزيادة) .

أي : لو كان الشقص في وقت رد البائع الثمن بالعيب في يد المشتري لم يمنع الشفيع من الشفعة؛ لسبق حقه على هذا الرد واستقراره ويأخذه بقيمة الثمن ، أي : بقدره سليماً أو بقيمته صحيحاً إن كان قيمياً ، فيعلم منه أخذه بالمثل صحيحاً إن كان مثلياً ، ثم يأخذ البائع من المشتري قيمة الشقص ، لامتناع أخذ ثمن غير الأول وقد تعيّن في العقد وإن زادت قيمة الشقص عن قيمة الثمن أو الواجب له هو الثمن المعيّن ، فاذا فات بالرد بالعيب فقيمة الشقص حيث تعذر أخذه منه كالثمن بحق الشفيع ، ولا يرجع المشتري على الشفيع بزيادة قيمة الشقص على الثمن؛ لأنه يستحق الأخذ منه بالثمن الذي جرى عليه العقد ، وفي هذا تنبيه على أن الشفيع إنما يأخذ من المشتري .

قوله : (ويحتمل تقديم حق البائع؛ لأنه حق استند الى وجود العيب الثابت حالة البيع والشفعة تثبت بعده ، بخلاف المشتري لو وجد المبيع معيباً؛ لأن حقه استرجاع الثمن وقد حصل من الشفيع فلا فائدة في الرد) .

ظاهر كلام التذكرة يقتضي أن هذا الاحتمال إنما هو فيما اذا رد البائع الثمن ، والشقص في يد المشتري لم يأخذه الشفيع[1] ، وكذا صنعه هنا حيث أورده بعد الشروع في هذا القسم ، لكن دليله يقتضي الاطراد في الأقسام كلها ، وتحقيقه : ان الذي سبق في القسم الثاني أيضاً تقديم حق الشفيع على

---

(١) التذكرة١ : ٥٩٩

. . . .

حق البائع .

ويحتمل تقديم حق البائع ؛ لأن حقه استند الى وجود العيب الثابت حالة البيع ، والشفعة تثبت بعد البيع ؛ لأنها إنما تثبت بانتقال[1] الملك الى المشتري فيكون حق البائع اسبق ، وهذا بخلاف حكم المشتري لو وجد المبيع معيباً فإن حق الشفيع لا يبطل إذ لا ينافي حق المشتري ؛ لأن حق المشتري استرجاع الثمن وقد حصل من الشفيع فلا فائدة في الرد .

وكان قوله : (بخلاف المشتري . . .) جرى مجرى سؤال مقدّر ، وهذا التوجيه إن تم يقتضي تقديم حق البائع في جميع الصور ، وفيه اشكالان :

الأول : أنا لا نسلّم سبق حق البائع على حق الشفيع ؛ لأن استحقاق البائع رد الثمن بالعيب فرع دخوله في ملكه ، لأن ما كان ملك الغير لا يملك رده ، ودخوله في ملكه إنما يتحقق بوقوع العقد صحيحاً وكالة وفي هذا الوقت تثبت الشفعة ؛ لأنها تكون مع انتقال المبيع الى المشتري ولا اسبقية .

ثم إن بقاء حق الشفيع بعد ثبوته يدل عليه وجوه :

الأول : عموم دلائل ثبوت الشفعة للشريك .

الثاني : استصحاب الحال .

الثالث : اصالة عدم قدرة البائع على ابطال حقه .

الرابع : ان فيه جمعاً بين الحقين ؛ لأن البائع يرجع الى قيمة الشقص ، بخلاف ما لو قدمنا حق البائع فإنه يقتضي سقوط حق الشفيع من الشقص أصلاً ورأساً عينا وقيمة ، إذ لا يتصور استحقاقه للقيمة .

الثاني : أنا لا نسلم انحصار فائدة المشتري اذا رد المبيع في استرجاع الثمن ، بل من فوائده ايضاً السلامة من درك المبيع لو خرج مستحقاً ، فحينئذ

---

(١) في «م»: بعد انتقال.

أما لو لم يرد البائع الثمن حتى أخذ الشفيع فإن له رد الثمن ، وليس له استرجاع المبيع ؛ لأن الشفيع ملكه بالأخذ فلا يملك البائع ابطال ملكه كما لو باعه المشتري لأجنبي .

ولو تلف الثمن المعيّن قبل قبضه : فإن كان الشفيع قد أخذ الشقص رجع البائع بقيمته ، وإلّا بطلت الشفعة على اشكال .

يستوي البائع والمشتري في تطرق الاحتمال الى تقديم حق كل منهما على حق الشفيع أو بالعكس ، والاحتمال ضعيف ، والأصح بقاء الشفعة .

قوله : (أما لو لم يرد البائع الثمن حتى أخذ الشفيع فإن له رد الثمن ، وليس له استرجاع المبيع ؛ لأن الشفيع ملكه بالأخذ فلا يملك البائع ابطال ملكه ، كما لو باعه المشترى لأجنبي) .

هذا هو القسم الثالث ، وهو ما اذا علم البائع بالعيب قبل أخذ الشفيع ولم يرده حتى أخذ الشفيع ، وليست العبارة نصاً في هذا القسم ، لكن قوله : (أما لو لم يرد البائع الثمن حتى أخذ الشفيع) يشعر بعلمه بالعيب وعدم رده حتى أخذ الشفيع؛ لأن المفهوم من قوله : (لم يرد) ترك الرد باختياره ، ولأنه لولا ذلك لكان ما ذكره هنا مستدركاً لسبق ذكره فانه بعينه هو ما ذكره أولاً ، فاذا حمل هذا على العلم قبل الأخذ وتاخير الرد الى أن أخذه ، والأول على ما اذا لم يعلم ولم يرد إلا بعد الأخذ انتفى الخلل ، ثم إن الحكم بعدم استرجاع البائع المبيع لأن الشفيع ملكه بالأخذ فلا يملك البائع ابطال ملكه ، كما اذا باعه المشتري لأجنبي ، ثم ظهر العيب في الثمن المعيّن فإن البائع لا يملك ابطال ملك الأجنبي قطعاً فكذا في حق الشفيع ومثله ما لو قبض أحد المتبايعين وباع ، ثم تلفت العين الأُخرى قبل القبض فإن البيع الثاني لا يبطل ، ويرجع صاحب العين المبيعة ثانياً بقيمتها .

قوله : (ولو تلف الثمن المعيّن قبل قبضه فإن كان الشفيع قد اخذ الشقص رجع البائع بقيمته ، وإلا بطلت الشفعة على اشكال) .

ولو ظهر العيب في الشقص : فإن كان المشتري والشفيع عالمين فلا خيار لأحدهما، وإن كانا جاهلين فإن رده الشفيع تخيّر المشتري بين الرد والأرش ، وإن اختار الأخذ لم يكن للمشتري الفسخ ، وهل له الأرش ؟ قيل : لا ، لأنه استدرك ظلامته ورجع اليه جميع ثمنه فكان كالرد .

أي : لو تلف الثمن المعيّن قبل قبض البائع إياه فإن كان الشفيع قد أخذ الشقص بالشفعة لم يبطل اخذه ، ويرجع البائع على المشتري بقيمته ،أي :بقيمة الشقص على ما سبق في نظيره ، وإن كان التلف قبل أخذه[1] بالشفعة بطلت الشفعة على اشكال ينشأ : من بطلان[2] البيع بتلف الثمن المعيّن والشفعة تابعة له ، ومن سبق استحقاق الشفيع الشفعة على التلف المقتضي للفسخ والأصل بقاؤه ، ولا يلزم من عروض الفسخ بعد صحة البيع وثبوت الشفعة بطلان ما قد ثبت ، فيرجع البائع الى قيمة الشقص كالأول ، وقال الشيخ ببطلان الشفعة مطلقا[3] .

قوله : (ولو ظهر العيب في الشقص فإن كان المشتري والشفيع عالمين فلا خيار لأحدهما) .

اذا ظهر عيب في الشقص بعد الأخذ بالشفعة فلا يخلو : أما أن يكون المشتري والشفيع عالمين به وقت البيع ، أو جاهلين ، أو المشتري عالماً خاصة ، أو بالعكس فالأقسام اربعة ، ففي الأول لا خيار لأحدهما ولا أرش وهو ظاهر .

قوله : (وإن كانا جاهلين ، فإن رده الشفيع تخيّر المشتري بين الرد والأرش ، وإن اختار الأخذ لم يكن للمشتري الفسخ ، وهل له الأرش؟ قيل : لا؛ لأنه استدرك ظلامته ورجع اله جميع ثمنه فكان كالرد ،

---

(١) في «م»: الأخذ.

(٢) في «م»: إبطال.

(٣) المبسوط٣: ١٣٣ .

ويحتمل ثبوته ؛ لانه عوض جزء فات من المبيع فلا يسقط بزوال ملكه ، فحينئذ يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره ، وكذا لو علم الشفيع خاصة ،

ويحتمل ثبوته؛ لأنه عوض جزء فائت من المبيع فلا يسقط بزوال ملكه) .

القسم الثاني : أن يكونا معاً جاهلين ، فإن رده الشفيع أو تركه انقطع حقه ، فيتخير المشتري حينئذ بين الرد وطلب الأرش ، وإن اختار أخذه لم يكن للمشتري الفسخ؛ لثبوت حق الشفيع فيه ، لكن هل له الأرش؟ قال الشيخ : لا؛ لأنه قد استدرك ظلامته برجوع جميع الثمن اليه من الشفيع ، فلم يفت منه شيء ليطالب به[1] .

ويحتمل الثبوت؛ لأنا لا نسلم انه استدرك ظلامته؛ لأن حقه عند البائع ، لأن الأرش جزء من الثمن عوض جزء فائت من المبيع والأصل بقاؤه ، ولا يجب أن يجعل قدره مما قبضه من الشفيع عوض ما يستحقه عند البائع ، لأن الواقع بين البائع والمشتري معاوضة مستقلة ، كما أن الواقع بين المشتري والشفيع معاوضة مستقلة ايضاً فيرجع بالأرش ، وهو الأصح .

وعلى هذا يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره؛ لأن الثمن ما يبقى بعد أخذ الأرش ، والى هذا اشار بقوله . (فحينئذ يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره) فإن كان المشتري قد أخذ الثمن من الشفيع رد عليه قدر الأرش .

واعلم أن قوله : (فلا يسقط بزوال ملكه) لا يكاد يكون له دخل في المقصود؛ لأن زوال الملك وعدمه لا يعلل به أخذ الأرش وعدمه .

قوله : (وكذا لو علم الشفيع خاصة) .

هذا هو القسم الثالث ، أي : لو علم الشفيع بالعيب دون المشتري فالحكم كما سبق في الثاني : لا رد للشفيع؛ لعلمه ، ولا للمشتري؛ لحق

---

(١) المبسوط٣: ١٢٦ .

ولو علم المشتري خاصة فللشفيع رده وليس له الأرش .

ولو كان المشتري قد اشتراه بالبراءة من كل عيب : فإن علم الشفيع بالشرط فكالمشتري ، وإلّا فله الرد .

الفصل الرابع : في مسقطات الشفعة :

وتسقط بكل ما يعد تقصيراً أو توانياً في الطلب على رأي ،

الشفيع ، وهل له الأرش؟ فيه قولان ، والأصح أن له ذلك فيسقط عن الشفيع قدره .

قوله : (ولو علم المشتري خاصة فللشفيع رده وليس له الأرش) .

أما الرد فللعيب مع كونه جاهلاً به ، وأما عدم الأرش فلأنه إنما يأخذ بالثمن الذي جرى عليه العقد ، والمشتري لا أرش له؛ لعلمه ، واستحقاق الشفيع الأرش فرع أخذ المشتري إياه .

فرع :

لو كان في المبيع غبن فاحش لم يبعد القول باستحقاق الشفيع رده ، أما المشتري فلا بحث في أن له ذلك .

قوله : (ولو كان المشتري قد اشتراه بالبراءة من كل عيب ، فإن علم الشفيع بالشرط فكالمشتري ، وإلا فله الرد) .

اذا علم الشفيع بالشرط ثم أخذ فقد رضي به ، وإلا كان له الرد ، والظاهر ان المراد جواز الرد وإن لم يظهر عيب؛ لأن الشرط المذكور في حكم العيب ويحتمل أن يقال : لا يلزمه حكم الشرط فاذا وجد عيباً رده به ، ويبعد بأنه إنما يأخذ بالبيع الذي وقع من المشتري .

قوله : (ويسقط بكل ما يعد تقصيراً أو توانياً في الطلب على رأي) .

الرأي يلتفت الى أن الشفعة على الفور ، فكل ما يعد تقصيراً في العادة أو

فإذا بلغه الخبر فلينهض للطلب ، فإن منع بمرض أو حبس في باطل فليوكّل إن لم يكن فيه مؤونة ومنة ثقيلة ، فإن لم يجد فليشهد ، فإن ترك الإشهاد فالأقرب عدم البطلان .

توانياً في الطلب يبطل به ، وهو الأصح على ما سبق .

قوله :(فاذا بلغ الخبر فلينهض للطلب ، فإن منع بمرض أو حبس في باطل فليوكل إن لم يكن فيه مؤنة ومنّة ثقيلة) .

لا ريب أنه على الفور يتعين عليه اذا بلغه الخبر بوقوع البيع أن ينهض للطلب حذراً من بطلان الشفعة ، فإن منع بعذر لا ينتظر زواله عن قريب كالمرض له ، أو لمن لا يستطيع مفارقته ، أو حبس في باطل ، ومنه الحبس في الدين مع العجز ، وكذا الغائب في بلد يتوقف مجيئه منه الى زمان كثير فليوكل؛ حذراً من بطلان الشفعة بتركه ان لم يكن فيه مؤنة ومنة ثقيلة وليس ببعيد ان يجعل ثقيلة صفة لكل منهما على طريق البدل فلا اثر للمؤنة القليلة عرفا وكذا المنة اليسيرة فان اخل بذلك مع الامكان على ما ذكرنا بطلت شفعته .

قوله :(فإن لم يجد فليشهد ، فإن ترك الاشهاد فالأقرب عدم البطلان) .

أي : فإن لم يجد الى التوكيل سبيلاً فينبغي له الاشهاد ، فإن ترك ففي البطلان قولان :

أحدهما : لا وهو الأقرب عند المصنف؛ لأن الحق قد ثبت والأصل بقاؤه ، ولأن فائدة الاشهاد ثبوت العذر ، وقد يثبت باقرار المشتري أو يمين الشفيع على نفي التقصير؛ لأن الأصل معه فلا أثر لتركه ، ولعموم دلائل الشفعة المتناولة لمحل النزاع .

والآخر : السقوط؛ لان الاشهاد قائم مقام الطلب فتركه بمنزلة تركه ، وفي المقدمتين منع .

ولو بلغه متواتراً أو بشهادة عدلين فقال : لم اصدّق بطلت شفعته ، ويقبل عذره لو أخبره صبي أو فاسق أو عدل واحد .

فإن قيل : لو قال قائل بأن الأخذ بالشفعة لا يتوقف على دفع الثمن أمكن وجوب الاشهاد هنا .

قلنا : الظاهر انه إنما يملك به مع حضور المشتري أو وكيله ، كما أن الطلب لا يعتد به إلا بحضور المشتري أو وكيله .

اقول : إن هذا لا يخلو من شيء ؛ لأن الملك اذا كان يكفي فيه القول فأين وقع اثمر الملك كالفسخ لذي الخيار ، إلا أن القوم مطبقون على وجوب السعي الى المشتري ، والقائلون بالفور جعلوه على الفور ، لكن قال في التذكرة : ولو لم يتمكن من المصير الى أحدهما ـ يريد بهما المشتري والقاضي ـ ، ولا من الاشهاد فهل يؤمر أن يقول : تملكته أو اخذتـه؟ الأقرب ذلـك؛ لأن الواجب الطلب عند القاضي أو المشتري ، فاذا فات القيد لم يسقط الآخر ، وللشافعية وجهان[1] ، فعلى ما تحقق من حكم الأخذ ما ذكره هنا متجه .

قوله : (ولو بلغه متواتراً ، أو بشهادة عدلين فقال : لم اصدق بطلت شفعته) .

اذا علم حصول التواتر المفيد للعلم وعدالة الشاهدين فإن عدم تصديقه الآن مكابرة ، نعم لو كان قـريب عهد بـالاسلام فقـال : لم اعلم أن شهادة العدلين تثمر اليقين شرعاً امكن القبول .

قوله : (ويقبل عذره لو اخبره صبي ، أو فاسق ، أو عدل واحد) .

لأن واحداً من هؤلاء لا يثمر خبره اليقين عقلاً ولا شرعاً .

ولو أخبره مخبر فصدّقه ولم يطالب بالشفعة بطلت وإن لم يكن عدلاً ؛ لأن العلم قد يحصل بالواحد للقرائن .

ولو أسقط حقه من الشفعة قبل البيع ، أو نزل عنها ، أو عفا ، أو أذن فالأقرب عدم السقوط . وكذا لو كان وكيلاً لأحدهما في البيع ، أو شهد على البيع ، أو بارك لأحدهما في عقده ، أو أذن للمشتري في الشراء ، أو

قوله : (ولو اخبره مخبر فصدّقه ولم يطالب بالشفعة بطلت وإن لم يكن عدلاً ؛ لأن العلم قد يحصل بالواحد للقرائن) .

ويعلم تصديقه باعترافه ؛ لعدم امكان الاطلاع عليه إلا من قبله .

قوله : (ولو اسقط حقه من الشفعة قبل البيع ، أو ترك عنها ، أو عفى ، أو اذن فالأقرب عدم السقوط) .

لو اسقط حقه من الشفعة قبل البيع ، أو ترك عنها قبله ـ بمعنى أنه تركها ـ أو عفى عنها (قبله) ، أو أذن في البيع فالأقرب عدم السقوط ؛ لأنه لم يستحق حينئذ شيئاً فيسقطه . وقال الشيخان ، وابن حمزة : لو عرض البائع الثمن على صاحب الشفعة فلم يرده فباعه من غيره بذلك الثمن أو زائداً عليه لم تكن له المطالبة بالشفعة[1] ، وفي الدروس : إن في رواية جابر[2] ايذاناً به[3] ، ولم يرجّح شيئاً ، والأول اصح ؛ تمسكاً بعموم دلائل الشفعة[4] ، واسقاط الحق قبل استحقاقه لا أثر له .

قوله : (وكذا لو كان وكيلا لأحدهما في البيع ، أو شهد على البيع ، أو بارك لأحدهما في عقده ، أو اذن للمشتري في عقد الشراء ، أو ضمن

---

(١) المقنعة: ٩٦، النهاية: ٤٢٥، الوسيلة: ٢٩٩.

(٢) سنن أبي داود٣: ٢٨٥ حديث٣٥١٣، سنن البيهقي٦: ١٠٤.

(٣) الدروس: ٣٩٠.

(٤) الكافي٥: ٢٨١ حديث٨، التهذيب٧: ١٦٤ حديث٧٣٠.

ضمن العهدة للمشتري ، أو شرطا له الخيار فاختار الإمضاء إن ترتّبت على اللزوم .

العهدة للمشتري ، أو شرطا له الخيار فاختار الامضاء إن ترتب على اللزوم) .

أي : وكذا الأقرب عدم السقوط في هذه المسائل :

الأولى : اذا كان الشفيع وكيلاً لأحدهما ، أي : البائع أو المشتري في البيع من طرفه ، ووجه عدم السقوط اصالة بقاء حقه وعدم تيقن حصول المسقط ، واختار المصنف في المختلف السقوط[١]؛ لحصول الرضى بالبيع وهو مسقط . وجوابه : منع كون مطلق الرضى بالبيع مسقطاً ، فإن البيع هو السبب في ثبوت الشفعة ، ولا ريب أن من يتوقعها راض بوقوع البيع ومريد له ، حتى لو حاول عدم الرضى به أمكن أن لا يكون مقدوراً له ، وإنما المسقط هو رضاه بالبيع ليبقى ملكاً للمشتري ، وهذا غير لازم حصوله عن كونه وكيلا لأحدهما في العقد ، والأصح عدم السقوط .

الثانية : أن يشهد على البيع ، فقد قال الشيخ في النهاية : تبطل شفعته[٢] ، وتبعه ابن البراج[٣] ، ونفاه ابن ادريس[٤] ، وقال المصنف في المختلف : إن وجدت دلالة على الرضى بالبيع بطلت شفعته[٥] . والتحقيق : أن القول بالبطلان بمجرد ذلك لا وجه له ، فإن حصل ما يدل على الرضى المسقط أو تراخى في الطلب فهو خروج عن المسألة .

الثالثة : اذا بارك لأحدهما في عقده ، أو في عقد على ما في بعض نسخ

---

(١) المختلف: ٤٠٧ .

(٢) النهاية: ٤٣٥ .

(٣) المهذب١ : ٤٥٨ .

(٤) السرائر: ٢٥٢ .

(٥) المختلف: ٤٠٧ .

ولو جهلا قدر الثمن ، أو أخّر المطالبة لبعده عن المبيع حتى يصل

الكتاب ، وفي البطلان به قولان ، وجه البطلان : تضمنه الرضى ، وقد علمت أن مطلق الرضى غير قادح؛ لأنه قد يرضى من جهة استحقاقه للشفعة به . وربما وجّه البطلان لحصول التراخي به ، وهو مشكل؛ لأن هذا القدر من الملائمة عند التلاقي أمر مطلوب عرفاً كالسلام ، وربما كان تركه والاشتغال بالمطالبة مستهجناً في العادة ، والحق عدم البطلان إن لم يحصل به تراخ .

الرابعة : اذنه للمشتري في عقد الشراء ، وقد سبق .

الخامسة : ضمان عهدة المثمن[1] للمشتري ـ أي : دركه ـ وكذا عهدة الثمن للبائع ، وقال المصنف في المختلف بالبطلان؛ لدلالته على الرضى[2] ، ونفاه الشيخ[3] وابن ادريس[4] ، والأصح انه إن نافى الطلب على الفور ابطل ، وإلا فلا ، فقد ينتظر حضور الثمن إن جعلنا الطلب هو الأخذ .

السادسة : أن يشترطا للشفيع الخيار فاختار الامضاء فإن الأقرب عدم السقوط ـ إن قلنا بأن الشفعة إنما تثبت مع لزوم العقد ـ؛ لأن الامضاء تمهيد لسبب الأخذ ، ولأنه كالاسقاط قبل الثبوت ويحتمل السقوط للرضى وإن قلنا أن الشفعة تثبت ، وإن كان العقد غير لازم فمفهوم كلام المصنف السقوط ، ووجهه الدلالة على الرضى واشتغاله بما لا يعينه ، وقد عرفت فيما مضى أن ثبوت الشفعة لا يتوقف على لزوم العقد؛ لعموم النص ، فحينئذ يبطل لحصول التراخي المنافي للفور ، وكذا كل موضع من هذه المواضع وغيرها يضمن التراخي فانه يبطل الشفعة .

قوله :(ولو جهلا قدر الثمن ، أو أخّر المطالبة لبعده عن المبيع

(١) في «م»: ضمانه عهدة الثمن.

(٢) المختلف: ٤٠٧ .

(٣) المبسوط٣: ١٢٥ .

(٤) السرائر: ٢٥٢ .

اليه ، أو اعترف الشفيع بغصبية الثمن المعيّن ، أو تلفه قبل قبضه على اشكال بطلت .

وتجوز الحيلة على الإسقاط ، بأن يبيع بزيادة عن الثمن ثم يدفع به عوضاً قليلاً أو يبرئه من الزائد ، أو ينقله بغير بيع كصلح أو هبة .

حتى يصل اليه ، أو اعترف الشفيع بغصبية الثمن المعيّن ، أو تلفه قبل قبضه على اشكال بطلت) .

أي : لو جهل كل من المشتري والشفيع الثمن فإن الشفعة تبطل؛ لعدم الطريق الى العلم به المقتضي لسد باب الأخذ بالشفعة ، وكذا لو أخّر المطالبة لبعده عن المبيع حتى يصل اليه فإن ذلك لا يُعد عذراً في تأخير الأخذ بالشفعة فهو مناف للفور ، وكذا تبطل لو اعترف الشفيع بغصبية الثمن المعيّن لإقراره[1] بفساد البيع من اصله المقتضي لعدم الشفعة .

وهل تبطل لو اعترف الشفيع بتلف الثمن المعيّن قبل قبض البائع إياه؟ فيه اشكال يلتفت الى الاشكال السابق : في أن تلف الثمن المعيّن قبل قبض البائع إياه هل يقتضي بطلان الشفعة قبل أخذ الشفيع بالشفعة ، أم مطلقاً ، أم لا يقتضي البطلان مطلقاً؟ وقد سبق أن الشفعة لا تبطل به مطلقاً فلا يكون الاقرار به مبطلاً لها .

قوله : (وتجوز الحيلة على الاسقاط ، بأن يبيع بزيادة عن الثمن ثم يدفع به عوضاً قليلاً ، أو يبرئه من الزائد ، أو ينقله بغير بيع كصلح أو هبة) .

الاسقاط قد يكون بفعل الشفيع لكثرة الثمن وقلة المدفوع عنه عوضاً ، فإنه إنما يملك الأخذ بالثمن؛ لأنه إنما دفعه عوضاً ، لأن هذه بمنزلة معارضة أُخرى في حكم الابراء من البعض ، فيكون ذلك موجباً لاعراض الشفيع لما

---

(١) في «م»: لإعترافه.

ولو قال الشفيع للمشتري : بعني ما اشتريت أو قاسمني بطلت .

ولو صالحه على ترك الشفعة بمال صح وبطلت الشفعة .

ولو كانت الأرض مشغولة بالزرع فإن أخذ الشفيع وجب الصبر ، وهل له الترك عاجلاً والأخذ وقت الحصاد ؟ نظر .

يلزمه من الغرم الكثير ، ومثله ما لو أبرأه من الزائد على المطلوب أخذه ، وقد يكون الاسقاط بانشاء سبب غير صالح لثبوت الشفعة كالصلح والهبة ، إلا أن اطلاق الاسقاط هنا مجاز؛ لانتفاء ثبوت الشفعة هنا .

قوله :(ولو قال الشفيع للمشتري : بعني ما اشتريت ، أو قاسمني بطلت) .

لأن هذا يتضمن الرضى بملكه واستقراره ، ومع ذلك فهو مناف للفور ، إذ هو من الفضول لمن يريد الشفعة .

قوله :(ولو صالحه على ترك الشفعة بمال صح وبطلت الشفعة) .

لأن الشفعة حق مالي ثابت فيجوز الصلح عليه .

فإن قيل : اذا شرط في عقد الصلح كان ذلك منافياً للفور فيبطل .

قلنا : قد علم ان ما اقتضته العادة لا يقدح مثل السلام والدعاء ، ولا يزيد الصلح عليهما: على انه قد يتصور الصلح مع الوكيل ، فإن التراضي من قبله على خلاف المصلحة لا تبطل حق الموكل .

قوله :(ولو كانت الأرض مشغولة بالزرع فإن أخذ الشفيع وجب الصبر ، وهل له الترك عاجلاً والأخذ وقت الحصاد؟ فيه نظر) .

ينشأ : من أنه لا ينتفع بالشقص حينئذ لو أخذه ، فيحرم الانتفاع بالثمن بغير مقابل ، فبقاؤه في يده الى زمان الحصاد ليكون نفعه في مقابل نفع الشقص الذي استوفاه المشتري مطلوب فيكون ذلك عذراً في التأخير ، ومن أن الشفعة

ولو باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعة بطلت ، وللمشتري الأول الشفعة على الثاني .

ولو باع بعض نصيبه وقلنا بثبوتها مع الكثرة احتمل السقوط لسقوط بعض ما يوجب الشفعة ، والثبوت لبقاء ما يوجب الجميع ابتداءً ، فله أخذ الشقص من المشتري الأول .

على الفور ، ومثل ذلك لم يثبت كونه عذراً. وربما بيعت الأرض قبل أوان الانتفاع بها بشهرٍ أو بشهرين ، فكما لا يسوغ التأخير هنا لا يسوغ ثمة، وهو الأصح . ومثله لو كان في المشفوع ثمرة فإن الأخذ على الفور ، ويجب الابقاء الى القطاف .

قوله : (ولو باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعة بطلت ، وللمشتري الأول الشفعة على الثاني) .

لأن المشتري الأول شريك قديم ، والمشتري الثاني شريك حدث ملكه بالبيع ، وإنما بطلت شفعة من باع نصيبه عالماً؛ لأنه ازال سبب استحقاقه فزال الاستحقاق .

قوله : (ولو باع بعض نصيبه وقلنا بثبوتها مع الكثرة احتمل السقوط ، لسقوط بعض ما يوجب الشفعة ، والثبوت لبقاء ما يوجب الجميع ابتداء فله أخذ الشقص من المشتري الأول) .

قوله : (وقلنا بثبوتها مع الكثرة) يقتضي أن تعدد الشركاء مانع من ثبوت الشفعة ، وإن لم يكن الشفيع إلا واحداً فإن الشفيع بالنسبة الى المشتري الأول ليس إلا واحداً ، بل شفعته تثبت قبل حدوث الكثرة ، فينبغي أن لا يكون لها أثر في المنع إن لم يكن بيع بعض الشقص مانعاً . وبالجملة فلا يكون ثبوت الشفعة على المشتري الأول من فروع الكثرة ، نعم في الثاني يجيء ذلك إن كان المانع تعدد الشركاء وإن كان الشفيع واحداً .

وهل للمشتري الأول شفعة على الثاني ؟ فيه اشكال ينشأ : من ثبوت السبب وهو الملك ، ومن تزلزله لأنه يؤخذ بالشفعة .

أما لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه ففي الأبطال اشكال ينشأ : من زوال السبب ، ومن ثبوته وقت البيع .

ثم احتمال السقوط متجه؛ لأن استحقاق الشفعة في هذا الفرد المعيّن منحصر في سببية الشركة بالشقص المذكور ، فاذا باع بعضه فقد زال السبب من حيث هو هو والباقي غيره ، وإن لم يكن له تأثير في استحقاق الشفعة فلا يحدث له تأثير بعد ذلك؛ لأنه إنما يؤثر اذا كان موجوداً وقت البيع ، وقد عرفت أن الموجود وقت البيع غيره وقد زال ، ولا يلزم من كون الباقي يوجب الشفعة في الجميع لو كان ابتداء أن يوجبها في محل النزاع كما لا يخفى ، فإن قلنا بالثبوت فله أخذ الشقص من المشتري الأول لكن لا نقول به .

قوله :(وهل للمشتري الأول شفعة على الثاني؟ فيه اشكال ينشأ : من ثبوت السبب وهو الملك ، ومن تزلزله لأنه يؤخذ بالشفعة) .

لمانع أن يمنع إبطال التزلزل تأثير ما قد علمت سببيته فإن الشركة بشرائطها موجودة ، والتزلزل لا يقدح في شيء منها ، وقد سبق ان الخيار لا يمنع استحقاق الشفعة في الشقص المشفوع فكيف يكون مانعاً اذا ثبت في الشقص الذي هو سبب الشفعة ، والظاهر الثبوت إلا أن يؤخذ من يده قبل أن يأخذ من يد المشتري الثاني .

قوله :(أما لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه ففي الابطال اشكال ينشأ : من زوال السبب ، ومن ثبوته وقت البيع) .

لو تم هذا التوجيه للاشكال لاطّرد فيما اذا باع عالماً ، فينبغي أن يضم الى احتمال الثبوت ما يقتضي أن يكون للجهل بالشفعة وقت البيع دخل في استحقاق الشفعة ، وكيف كان فلا يخفى ضعف الثاني؛ لأن السبب في جواز

والشفعة موروثة كالمال على رأي ، سواء طالب الموروث أو لا ،

الأخذ اذا زال ولما يأخذ بالشفعة يقتضي امتناع الأخذ ، وإلا لكان الأخذ بغير سبب .

لا يقال : الشركة سبب الاستحقاق وقد ثبت فلا يزول بزوالها ، إذ لم يثبت كونه علة الزوال .

لأنا نقول : ظاهر قوله عليه السلام : « لا شفعة إلا لشريك مقاسم » يقتضي زوال الاستحقاق ، والجهل لا أثر له اذا انتفى السبب؛ لأن خطاب الوضع لا يتفاوت الأمر فيه بالعلم والجهل ، والأصح أن لا شفعة .

قوله : (والشفعة موروثة كالمال على اشكال ، سواء طالب الموروث أم لا) .

اختلف الأصحاب في أن الشفعة تورث ، فقال المفيد[1] والمرتضى[2] وجماعة : إنها تورّث[3] ، وانكره الشيخ[4] وجماعة[5] ، ودليلهما منشأ الاشكال ، والأصح الأول؛ لعموم دلائل الارث الدالة على ارث كل حق ، ولهذا حكمنا بكون الخيار موروثاً وحدّ القذف فحق الشفعة أولى ، ولأنها في معنى الخيار يثبت لدفع الضرر ، وذلك قائم في حق الوارث واحتج الشيخ برواية طلحة بن زيد ، عن علي عليه السلام قال : « لا تورث الشفعة »[6] ، ولأن ملك الوارث متجدد فلا يستحق به شفعة ، وجوابه ضعف الرواية فإن طلحة بتري ، والوارث يأخذ ما استحقه مورّثه ، وليس هو الشفيع اصالة ليقدح

---

(١) المقنعة: ٩٦.

(٢) الإنتصار: ٢١٧.

(٣) منهم يحيى بن سعيد في الجامع للشرائع: ٢٧٨، وابن ادريس في السرائر: ٢٥١، والشهيد في الدروس: ٣٩٢، والمحقق الحلي في الشرائع ٣: ٢٦٣.

(٤) الخلاف٢: ١٠٨ مسألة١٢ كتاب الشفعة.

(٥) منهم ابن حمزة في الوسيلة: ٢٩٩.

(٦) الفقيه٣: ٤٥ حديث١٥٨، التهذيب٧: ١٦٧ حديث٧٤١.

فللزوجة مع الولد الثمن . ولو لم يكن وارث فهي للإمام ، فإن عفا أحد الورّاث عن نصيبه لم تسقط ، وكان للباقين أخذ الجميع أو الترك .

أما لو عفا الميت أو أخّر الطلب مع امكانه فإنها تبطل .

ولو عفا أحد الوارثين وطالب الآخر ، فمات الطالب فورثه العافي

تجدد ملكه .

وقوله : (كالمال) يحتمل أن يكون إشارة الى دليل الارث ، أي : الشفعة موروثه؛ لأنها حق مالي فتورّث كما يورث المال ، ويحتمل أن يكون إشارة الى كيفية الارث ، فإن للعامة خلافاً في انها تورّث كما يورّث المال ، فتقسّم باعتبار السهام أو تقسّم على الرؤوس فيكون اشارة الى الأول ، والكل صحيح .

قوله : (فللزوجة مع الولد الثمن) .

خص الزوجة لينبه على ارثها من الشفعة وإن كانت قد لا ترث من بعض الأشياء .

قوله : (ولو لم يكن وارث فهي للامام) .

كسائر ما يورّث ، ففي حالة الغيبة حكمها حكم سائر ميراث من لا وارث له .

قوله : (فإن عفا أحد الورّاث عن نصيبه لم يسقط وكان للباقين أخذ الجميع أو الترك) .

لأن الحق للجميع فلا يسقط حق واحد بترك غيره ، لكن لما لم يجز تبعيض الصفقة على المشتري كان المستحق للباقي الجميع ، فإن أخذه فذاك وإلاّ ترك .

قوله : (ولو عفا أحد الوارثين وطالب الآخر فمات الطالب فورثه

فله الأخذ بالشفعة على اشكال .

ولو مات مفلّس وله شقص فباع شريكه كان لوارثه الشفعة .

ولـو بيع بعض ملك الميت في الـدين لم تكن لـوارثـه المـطالبـة

العافي فله الأخذ بالشفعة على اشكال) .

ينشأ : من أن المطالب استحق الجميع فينتقل استحقاقه بموته إلى وارثه ، ولا يضر عفو الوارث عن حقه قبل ذلك؛ لأن هذا حق آخر متجدد غير الحق الذي عفا عنه الوارث ، فلا يلزم سقوطه لسقوط العفو عنه لاختلاف سبب استحقاقهما ، وكون العفو قبل حدوث السبب المتجدد .

ومن سقوط شفعته بعفوه ، وإنما يستحق غير ما عفا عنه باعتبار انه غيره وقد انتفت الغيرية فلا يستحق ما عفا عنه ولا نصيب الميت لامتناع تبعيض الصفقة ، وليس بشيء؛ لأن غيره مستحق للشفعة باعتبار شركته لا باعتبار العفو من العافي فإن تمليك الشفعة لا يصح ، ولهذا لو عفا عنها لمن لا حق له لا يستحقها ، وقبل العفو كان الشريك مساوياً له في سبب الاستحقاق ، فاذا عفا زال واختص الآخر بالسبب فاختص بمقتضاه وهو الشفعة في الجميع .

ولو سلّم أن نصيب العافي استحقه الآخر بالعفو فاذا انتفى استحقاقه الشفعة باعتبار كونه شريكاً للعفو فلا ينتفي استحقاقه باعتبار الارث؛ لأنه سبب جديد ، إذ ليس أبعد حالاً ممن لا يستحق شفعة أصلاً ورأسا اذا انتقلت اليه بالارث ، والأصح الأول .

قوله : (ولو مات مفلّس وله شقص فباع شريكه كان لوارثه الشفعة)

لأن الوارث هو المالك للشقص المتروك؛ بناء على أن التركة تنتقل الى الوارث وإن استغرقها الدين ، وهو الأصح ، ولم يصرح المصنف بترجيح هذا في كتاب الحجر لكن بناء الحكم عليه ، وهو الأصح .

قوله : (ولـو بيع بعض الملك للميت في الـدين لم تكن لوارثـه

بالشفعة ، وكذا لو كان الوارث شريكا للمورث فبيع نصيب المورّث في الدين .

ولو اشترى شقصاً مشفوعاً ووصّى به ثم مات فللشفيع أخذه بالشفعة لسبق حقه ، ويدفع الثمن الى الورثة وبطلت الوصية لتعلقها بالعين لا البدل .

ولو وصّى لإنسان بشقص فباع الشريك بعد الموت قبل القبول

المطالبة بالشفعة) .

لأن البيع في الحقيقة لملك الوارث ، بناء على انتقال التركة اليه بالموت[1] .

قوله :(وكذا لو كان الوارث شريكاً للمورّث فيبيع نصيب المورّث في الدين) .

أي : لا شفعة للوارث لمثل ما قلناه ، ويحتمل أن يكون للوارث الشفعة؛ لأن البيع على الميت إنما كان بسبب دينه الذي يثبت عليه في حال الحياة، فصار البيع كأنه قد وقع في حال الحياة والوارث كان شريكه في حال الحياة فتثبت له الشفعة، ويضعف بأن التركة تنتقل بالموت الى الوارث ، ومن ثم كان له أن يقضي الدين من عنده ويمنع من البيع ، فاذا بيع بعض ماله فكيف يستحق شفعته ؟!

قوله :(ولو اشترى شقصاً مشفوعاً ووصّى به ثم مات فللشفيع أخذه بالشفعة؛ لسبق حقه ويدفع الثمن الى الورثة وبطلت الوصية لتعلقها بالعين لا البدل) .

فإن جميع التصرفات من المشتري للشفيع الأخذ بالشفعة فيبطلها .

قوله :(ولو وصّى لإنسان بشقص فباع الشريك بعد الموت قبل

---

(١) في «م»: بالموت وشبهه.

استحق الشفعة الورثة .

ويحتمل الموصى له إن قلنا انه يملك بالموت ، فإذا قبل الوصية استحق المطالبة ؛ لأنّا تبينا أن الملك كان له ، ولا يستحق المطالبة قبل القبول ولا الوارث ، لأنّا لا نعلم أن الملك له قبل الرد .

القبول استحق الشفعة الورثة ، ويحتمل الموصى له إن قلنا إنه يملك بالموت ، فاذا قبل الوصية استحق المطالبة لأنا تبيّنا أن الملك كان له) .

أي : لو وصّى من له شقص لزيد به ثم مات ، فباع الشريك حصته من آخر قبل قبول الموصى له ورده ففي مستحق الشفعة قولان :

أحدهما : انه الورثة ؛ لأن الملك ينتقل اليهم بالموت ، ولا يستحق الموصى له إلا بالقبول .

والثاني : أن المستحق هو الموصى له .

والحاصل أن بناء القولين على أن قبول الوصية ناقل أو كاشف ، فإن قلنا بالأول فالملك إنما يحدث بعده ، فالمالك قبله حقيقة هو الورثة فالشفعة لهم . وإن قلنا بالثاني فالملك ثبت للموصى له بالموت وينكشف بالقبول ، كما أن عدمه ينكشف بالرد ، ومن ثم يحكم بالنماء المتجدد بين الموت والقبول للوارث على الأول وللموصى له على الثاني ، فعلى الثاني اذا قبل الوصية استحق المطالبة .

ويعتبر القبول على الفور لئلا تبطل الشفعة ، اذ لا يعد تأخيره عذراً ، والمعروف أن الأصح أن القبول كاشف وسيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى .

قوله : (ولا يستحق المطالبة قبل القبول ولا الوارث ؛ لأنا لا نعلم أن الملك له قبل الرد) .

أي : لا يستحق الموصى له المطالبة قبل القبول بناء على الثاني ؛ لأن ملكه وإن ثبت بالموت لكن الكاشف عنه هو القبول فقبله لم يتحقق ملك . ولو

ويحتمل مطالبة الوارث ؛ لأن الأصل عدم القبول وبقاء الحق ، فإذا طالب الوارث ثم قبل الموصى له افتقر الى الطلب ثانياً ؛ لظهور عدم استحقاق المطالب .

ويحتمل أن المشفوع للوارث ؛ لأن الموصى به إنما انتقل اليه بعد أخذ الشفعة .

قلنا : إن القبول ناقل فلا بحث؛ لأن ملكه يحدث بالقبول وهو ظاهر ، وكذا بناء على الثاني لا يستحق المطالبة الوارث؛ لأن ملكه لا يعلم قبل الرد .

قوله :(ويحتمل مطالبة الوارث؛ لأن الأصل عدم القبول وبقاء الحق) .

أي : ويحتمل ـ بناءً على أن القبول كاشف ـ استحقاق الوارث المطالبة بالشفعة ، فهو في مقابل قوله : (ولا الوارث) لأن الأصل عدم قبول الموصى له ، والأصل بقاء الحق للوارث ، وفيه نظر إذ لا أصل هنا يرجع اليه ، فانه كما أن الأصل عدم القبول الكاشف عن ملكية الموصى له فالأصل عدم الرد الكاشف عن ملكية الوارث ، والموت صالح لتمليك الموصى له ولتمليك الوارث؛ لمكان الوصية المستعقب للقبول والرد ، فليس هناك حق لأحدهما يستصحب بقاؤه فلا يتم ما ذكره .

قوله :(فاذا طالب الوارث ثم قبل الموصى له افتقر الى الطلب ثانياً لظهور عدم استحقاق المطالب) .

هذا تفريع على الاحتمال الثالث ، وهو أن للوارث المطالبة ، فاذا طالب ثم قبل الموصى له تبيّن بطلان مطالبة الوارث؛ لانتفاء كونه مالكاً حين المطالبة ، فلا بد للموصى له من مطالبه في التملك بالشفعة ، لأنه الشفيع في نفس الأمر .

قوله :(ويحتمل أن المشفوع للوارث، لأن الموصى به إنما انتقل

ولو لم يطالب الوارث حتى قبل الموصى له فلا شفعة للموصى له ؛ لتأخر ملكه عن البيع ، وفي الوارث وجهان مبنيان على من باع قبل علمه ببيع شريكه .

ولو اشترى المرتد عن فطرة فلا شفعة إن قلنا ببطلان البيع ،

اليه بعد أخذ الشفعة) .

هذا الاحتمال ليس على نهج ما قبله بحيث يتفرع على كون القبول كاشفاً ، ولا هو معادل للأولين بل هو عين الأول وإنما اعاده ليبني عليه بعض المسائل ، وكلامه يوهم خلاف ذلك فليس بجيد ، وكان حقه أن يقول : وعلى الأول اعني : أن الملك للوارث المشفوع للوارث؛ لأن الموصى به ملك له ، وإنما ينتقل عنه بقبول الموصى له وذلك بعد الأخذ بالشفعة .

قوله : (ولو لم يطالب الوارث حتى قبل الموصى له فلا شفعة للموصى له؛ لتأخر ملكه عن البيع ، وفي الوارث وجهان مبنيان على من باع قبل علمه ببيع شريكه) .

أي : بناء على أن القبول ناقل والملك للوارث قبله ، وهو للأول لو لم يطالب الوارث بالشفعة حتى قبل الموصى له فلا شفعة للموصى له قطعاً؛ لأنه لم يكن شريكاً وقت[1] البيع . وفي الوارث وجهان مبنيان على الوجهين فيمن باع ملكه قبل علمه ببيع شريكه وقد سبق ، فان قلنا ببقاء الشفعة هناك فهي باقية هنا وإلا فلا ، وهو الأصح .

قوله : (ولو اشترى المرتد عن فطرة فلا شفعة إن قلنا ببطلان البيع).

سيأتي إن شاء الله تعالى في احكام المرتد أن المرتد عن فطرة هل يدخل في ملكه شيء بعد الردة بسبب من الأسباب المملكة أم لا ، وأن في ذلك خلافاً للاصحاب ، فإن قلنا بعدم دخول شيء في ملكه ـ وهو الأصح على ما سيأتي إن

---

(١) في «ق»: قبل.

وعن غير فطرة تثبت الشفعة .

ولو قارض أحد الشركاء الثلاثة آخر فاشترى من الثالث نصف نصيبه فلا شفعة ؛ لأن أحدهما رب المال والآخر عامل ،

شاء الله تعالىٰ؛ لأن خروج املاكه عنه الى الوارث دليل على عدم صلاحيته للتملك ، لامتناع خروج املاكه مع بقاء صلاحيته للتملك بغير الاسباب الناقلة المحصورة ـ فالبيع باطل ، واستحقاق الشريك الشفعة فرع تحقق البيع .

قوله : (وعن غير فطرة تثبت الشفعة) .

لبقاء ملكه ، وعلى ما سيأتي إن شاء الله تعالى من أنه محجور عليه وتصرفاته موقوفة فإن عاد الى الاسلام تبيّنا صحتها[1] وإلّا تبيّنا الفساد ، فإن اجازه الحاكم تثبت الشفعة وإلا فكما قلنا .

قوله : (ولو قارض أحد الشركاء الثلاثة آخر فاشترى من الثالث نصف نصيبه فلا شفعة؛ لأن أحدهما رَبّ المال والآخر عامل) .

اذا كان الشركاء ثلاثة فقارض أحدهما الآخر على مال ، فاشترى العامل بمال القراض نصف نصيب الثالث (في المشترك)[2] فلا شفعة لأحدهم؛ أما البائع فظاهر إذ لا يملك الشفعة فيما باعه ، وكذا رب المال إذ لا يملك الشفعة فيما اشتراه ، والعامل بالنسبة اليه كالشريكين في المبتاع فلا يستحق أحدهما على الآخر شفعة ، كذا قال في التذكرة[3] ، وفيه نظر؛ فإن مال القراض الذي اشترى به اذا لم يكن للعامل فيه شيء يقع الشراء لمالكه ، وليس للعامل فيه شيء فيكون شفيعه هو العامل ، ولا مانع له من الأخذ بالشفعة على قول ، وعلى قول الشفيع : كل من العامل ومالك مال القراض . هذا اذا لم يكن ربح ، أو كان وقلنا إن العامل لا يملك بالظهور . وإن قلنا يملك بالظهور فله من

---

(١) في «ق» : صحيحاً.

(٢) في «ق» : المشتركة.

(٣) التذكرة١ : ٦٠٧ .

فإن باع الثالث باقي نصيبه لأجنبي فالشفعة اخماساً : لكل من المالك والعامل خمسان ، ولمال المضاربة خمس السدس الذي له إن اثبتنا الشفعة مع الكثرة .

ولو باع أحد الثلاثة حصته من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري ، ويحتمل التسوية ،

الشقص بمقدار استحقاقه من الشفعة على القول باشتراكهما فيها ، فإن زاد حقه من الربح فالزائد للمالك على ما سبق ، وعلى هذا فالعامل لا[1] يأخذ بعض الشقص بالشفعة فله حينئذ أُجرة المثل ، ولا شك أن ما ذكره هنا لا ينطبق على ما سبق من كلامه .

قوله : (فإن باع الثالث باقي نصيبه لأجنبي فالشفعة اخماساً لكل من المالك والعامل خمسان ، ولمال المضاربة خمس) .

ربما يسأل عن سبب إفراد مال المضاربة بالذكر مع أنه ملك لصاحب مال القراض .

فيجاب : بأنه بناء على ما ذكره هنا ليس لأحدهما على الآخر بسببه شيء فإنه بمنزلة شريك آخر؛ لأن حكمه متميز عن مال كل منهما ، وفيه نظر؛ لأنه مال المالك حقيقة ، فإن لم يكن ربح فلا بحث ، وإن كان فعلى ما سبق من اختصاص المالك به وللعامل الأُجرة ، فالمشفوع لمال القراض حق المالك .

قوله : (ولو باع أحد الثلاثة حصته من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري ، ويحتمل التسوية) .

قد سبق في أول فروع الكثرة نظير هذين الاحتمالين قولان

---

[1] في «م»: إنما.

فإن باع المشتري على اجنبي ولم يعلم الثالث بالبيعين ، فإن أخذ بالعقد الثاني أخذ جميع ما في يد مشتريه ، إذ لا شريك له في الشفعة .

وإن أخذ بالأول أخذ نصف المبيع وهو السدس ؛ لأن المشتري شريكه ، ويأخذ نصفه من المشتري الأول ونصفه من الثاني ؛ لأن شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما ، فإذا باع الثلث من جميع ما في يده ـ وفي يده ثلثان ـ فقد باع نصف ما في يده ، والشفيع يستحق ربع ما في يده وهو

للأصحاب[1] ، ورجحنا هناك القول بالتسوية تفريعاً ، فالأصح هنا مثله .

قوله : (فإن باع المشتري على أجنبي ولم يعلم الثالث بالبيعين) .

هذا تفريع على الاحتمال الثاني وهو التسوية ، أي : بناء على التسوية لو باع المشتري على اجنبي الثلث وهو قدر ما اشتراه ، والمراد به ثلث الأصل وهو نصف ما صار بيده؛ لأنه قد كان بيده ثلث واشترى حصة شريك آخر ثالثا آخر ولم يعلم الشريك الثالث بالبيعين فله الأخذ بالشفعة باعتبار كل واحد من العقدين ، فإن أخذ بالعقد الثاني أخذ جميع ما في يد المشتري الثاني وهو الأجنبي ، إذ لا شفيع سواه؛ لأن الشريك الآخر هو البائع فلا شفعة له ، إذ لا يستحق البائع الشفعة على ما باعه .

قوله : (وإن أخذ بالأول أخذ نصف المبيع وهو السدس؛ لأن المشتري شريكه ويأخذ نصفه من المشتري الأول ونصفه من الثاني ؛ لأن شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما ، فاذا باع الثلث من جميع ما في يده وفي يده ثلثان فقد باع نصف ما في يده ، والشفيع يستحق ربع ما في يده

---

(١) القول الأول وهو استحقاق الثالث الشفعة دون المشتري، ذهب إليه: الشيخ الطوسي في أحد قوليه في الخلاف٢: ١١١ مسألة٢٦ كتاب الشفعة، والشهيد في الدروس: ٣٩٥.
والقول الثاني وهو الشركة بالسوية، ذهب إليه الشيخ الطوسي في قوله الثاني في المبسوط: ١٣٨، والمحقق الحلّي في الشرائع٣: ٢٥٧.

السدس فصار منقسماً في أيديهما نصفين ، فيأخذ من كل واحد منهما نصفه ـ وهو نصف السدس ـ ويرجع المشتري الثاني على الأول بربع الثمن ، وتكون المسألة من اثني عشر ، ثم ترجع الى أربعة للشفيع النصف ولكل واحد الربع .

وهو السدس فصار منقسماً في ايديهما نصفين ، فيأخذ من كل واحد منهما نصفه وهو نصف السدس ، ويرجع المشتري الثاني على الأول بربع الثمن وتكون المسألة من اثني عشر ، ثم يرجع الى اربعة للشفيع النصف ولكل واحد الربع) .

أي : وإن أخذ الشفيع ـ وهو الشريك الثالث ـ بالعقد الأول فقد أخذ نصف المبيع بناء على الاحتمال الثاني ، وهو التسوية بينه وبين المشتري في الشفعة وقدره سدس الأصل وللمشتري السدس الآخر . وكيفية أخذه : أن يأخذ من المشتري الأول نصف سدس ومن المشتري الثاني نصف سدس؛ وذلك لأن شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما كما قررنا ، فاذا باع ثلث الأصل ممّا في يده ـ وفي يده ثلثان أحدهما ملك سابق والآخر متجدد بالشراء ـ فقد باع نصف ما في يده شائعاً ، فيكون المبيع نصف ملكه القديم ونصفه الجديد بمقتضى الاشاعة ، والشفيع يستحق ربع ما في يده وهو السدس فإنه ربع الثلثين ، فبمقتضى الاشاعة يكون نصفه في يد المشتري الأول ونصفه في يد الثاني؛ لاستواء ما باعه المشترى الأول وما بقي في يده ، فيبطل البيع الثاني في نصف سدس؛ لأنه يأخذ بالعقد الأول وقد تعلق بنصف سدس الاصل في يد الثاني ، فيرجع المشتري الثاني على الأول بحصته من الثمن لبطلان البيع فيه وهو ربع الثمن ، فتكون المسألة من اثني عشر؛ لأن فيها نصف سدس هو أدق كسر فيها ، ومخرجه من اثني عشر منها سهمان للشفيع وهما السدس ، مضافة الى سهمه من الأصل وهو الثلث فيكمل له نصف ، وللمشتري الثاني ثلاثة ارباع الثلث وهو ربع الأصل ، فيبقى في يد المشتري الأول ربع الأصل فترجع المسألة الى اربعة .

وإن أخذ بالعقدين أخذ جميع ما في يد الثاني وربع ما في يد الأول ، فله ثلاثة أرباع ولشريكه الربع ، ويدفع الى الأول نصف الثمن الأول والى الثاني ثلاثة أرباع الثمن الثاني .

ويرجع الثاني على الأول بربع الثمن الثاني ؛ لأنه يأخذ نصف ما اشتراه الأول وهو السدس ، ويدفع اليه نصف الثمن كذلك ، وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع ما في يده فيأخذه منه .

ويرجع الثاني على الأول بثمنه ، وبقي المأخوذ من الثاني ثلاثة ارباع ما اشتراه فأخذها منه ودفع اليه ثلاثة ارباع الثمن .

قوله : (وإن أخذ بالعقدين أخذ جميع ما في يد الثاني وربع ما في يد الأول ، فله ثلاثة ارباع ولشريكه الربع ، ويدفع الى الأول نصف الثمن الأول ، والى الثاني ثلاثة ارباع الثمن الثاني ، ويرجع الثاني على الأول بربع الثمن الثاني ؛ لأنه يأخذ نصف ما اشتراه الأول وهو السدس فيدفع اليه نصف الثمن لذلك ، وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع ما في يده فيأخذه منه ، فيرجع الثاني على الأول بثمنه ، وبقي المأخوذ من الثاني ثلاثة ارباع ما اشتراه فأخذها منه ودفع اليه ثلاثة ارباع الثمن) .

أي : وإن أخذ بالعقدين معاً صح ، فيأخذ نصف ما جرى عليه العقد الأول وهو السدس ، وقد عرفت أن نصفه دخل في العقد الثاني فينفسخ العقد الثاني فيه ، فيأخذه مع ربع ما في يد الأول ـ وهو نصف سدس ايضاً ـ بالعقد الأول ، ويأخذ باقي ما في يد المشتري الثاني ـ وهو ثلاثة ارباع ما اشتراه ـ بالعقد الثاني ؛ لأن ذلك هو ما صح فيه العقد الثاني فيكمل له ، أي : للشفيع ثلاثة ارباع الأصل ، ولشريكه ـ اعني المشتري الاول ـ الربع .

ولا شيء للثاني ؛ وذلك لأنه اجتمع له مع ثلثه القديم جميع ما اشتراه المشتري الثاني ربعه بالعقد الأول ، وثلاثة ارباعه بالعقد الثاني وهو ثلث

. . . .

الأصل ، وربع ما في يد المشتري الأول وهو نصف سدس وذلك ثلثان ونصف سدس وهو تسعة من اثني عشر ، فبقي لشريكه وهو المشتري الاول ثلاثة هي الربع ، ثم انه يدفع الى المشتري الأول نصف الثمن الأول؛ لأنه أخذ نصف مبيعه وهو خمسة مثلاً ، والى الثاني ثلاثة ارباع الثمن الثاني وهو تسعة مثلاً؛ لأن العقد انفسخ في ربع المبيع ، لأنه أخذه بالأول كما قررناه ، ويرجع المشتري الثاني على المشتري الاول بربع الثمن الثاني ، وهو الذي انفسخ العقد في مقابله من المبيع فلم يبق في مقابله شيء .

وإنما قلنا : (إنه يدفع الى الأول نصف الثمن الأول والى الثاني ثلاثة ارباعه . . .) ، لأن الشفيع يأخذ نصف ما اشتراه الأول وهو السدس، فيدفع اليه نصف الثمن لأجل ذلك ، وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع ما في يده ، فيأخذه منه فينفسخ البيع الثاني فيه كما قلنا فيرجع الثاني على الأول بثمنه ، ويبقى المأخوذ من الثاني بالعقد الثاني ثلاثة ارباع ما اشتراه فأخذها منه ودفع اليه ثلاثة ارباع الثمن ، وذلك ظاهر

اذا عرفت هذا فاعلم ان قول المصنف : (لأنه يأخذ نصف ما اشتراه الأول . . .) تعليل لقوله : (ويدفع الى الأول نصف الثمن الأول ، والى الثاني ثلاثة ارباع الثمن الثاني ، ويرجع الثاني على الأول بربع الثمن الثاني) فبيّن به هذه الأمور الثلاثة .

والضمير في قوله (لأنه) يعود الى الشفيع[1] وقوله : (فيدفع اليه نصف الثمن لذلك) اكثر النسخ فيها (كذلك) بكافين ولا موقع له حسن ، وفي بعضها (لذلك) باللام أولاً وهو حسن فيكون تعليلاً لقوله : (فيدفع اليه نصف الثمن) أي : يدفع نصف الثمن لأجل أنه يأخذ نصف ما في يده بالعقد الأول .

---

(١) في «ق»: المشتري.

الفصل الخامس : في التنازع :

لو اختلفا في الثمن ولا بينة قدّم قول المشتري مع يمينه .

قوله : (لو اختلفا في الثمن ولا بيّنة قدّم قول المشتري مع يمينه)

أي : لو اختلف الشفيع والمشتري في قدر الثمن : فأما أن لا يكون لواحد منهما بيّنة ، أو يكون لكل منهما بيّنة ، أو يكون للبائع فقط ، أو للمشتري فقط فالأقسام أربعة :

الأول : أن لا يكون لواحد منهما بيّنة فيحلف المشتري ؛ لأنه المالك فلا يزول ملكه إلا بما يدّعيه اذا لم تكن بينة ، كما أن المشتري لا يملك المبيع إلا بما يقرّ به البائع من الثمن ، كذا علله في التذكرة[1] ، وهذا التعليل إنما يجري فيما اذا وقع الاختلاف بين الشفيع والمشتري والعين باقية ، فلو أخذها بالشفعة ورضي بالدفع فتلفت العين ثم وقع الاختلاف لم يجر ما ذكره فيه مع أن فيه نظراً ؛ لأن كونه مالكاً لا يقتضي سماع دعواه بيمينه لأن اليمين على من انكر .

ويمكن أن يقال : المشتري لا دعوى له على الشفيع ، إذ لا يدعي شيئاً في ذمته ولا تحت يده ، إنما الشفيع يدعي استحقاق ملكه بالشفعة بالقدر الفلاني والمشتري ينكره . ولا يلزم من قوله اشتريته بالأكثر أن يكون مدّعياً عليه وإن كان خلاف الأصل ؛ لأنه لا يدّعي استحقاقه إيّاه عليه ولا يطلب تغريمه إياه ، ولأن الذي لو ترك الخصومة ترك هو الشفيع اذ لا يطلبه المشتري للأخذ بالشفعة بما يدعيه .

وهذا الاستدلال حسن لكنه مخصوص بما اذا لم يتملك الشفيع الشقص برضى المشتري قبل دفع الثمن ، فأما اذا تملكه كذلك ثم اختلفا في الثمن فإن

---

(١) التذكرة ١ : ٦٠١ .

ولو أقاما بينة فالأقرب الحكم ببينة الشفيع ؛ لأنه الخارج ،

المشتري مدّعٍ لا محالة ، وظاهر اطلاقهم عدم الفرق ، وهو مشكل . اذا تقرر هذا فاذا أقام المشتري بيّنة بزيادة لدفع اليمين عن نفسه فقال شيخنا الشهيد في حواشيه : الأقرب القبول ، وإن كان في دفع اليمين عن المنكر بالبينة في غير هذه الصورة تردد . ووجه القرب : انه يدعي دعوى محضة وقد أقام بها بينة فتكون مسموعة ، هذا كلامه .

ويشكل بأن المشتري إن كان هو المنكر فالحجة من طرفه هو اليمين دون البينة؛ لقوله عليه السلام:« البينة على المدعي واليمين على من انكر »[١] ، والتفصيل قاطع للشركة وإلا لم يسمع قوله بيمينه ، وقد عرفت أنه في الحقيقة لا يدّعي شيئاً ، لكن صرّح المصنف في التذكرة[٢] والتحرير[٣] بأن ايهما ـ أي : الشفيع والمشتري ـ اقام البينة سمعت منه وثبت ما يدعيه ، وهذا الكلام لا يخلو من تدافع .

قوله : (ولو اقاما بينة فالأقرب الحكم ببينة الشفيع ؛ لأنه الخارج)

هذا قول ابن ادريس[٤] ، واختاره المصنف هنا ، وفي التحرير[٥] ، والتذكرة[٦] ، ووجهه : أنه خارج فإنه مدع ولا ملك له ، لأنه يحاول اثبات استحقاقه التملك بما يدعيه ، ولأن اليمين لا يقبل منه فلا بد أن تقبل بينته ، وهو الأصح . وقال الشيخ في الخلاف[٧] والمبسوط[٨] : البينة بينة المشتري ،

---

(١) الكافي٧: ٤١٥ حديث١و٢، التهذيب٦: ٢٢٩ حديث٥٥٣ و٥٥٤، سنن البيهقي١٠: ٢٥٢
(٢) التذكرة١: ٦٠١.
(٣) التحرير٢: ١٥١.
(٤) السرائر: ٢٥١.
(٥) التحرير٢: ١٥١.
(٦) التذكرة١: ٦٠١.
(٧) الخلاف٢: ١٠٧ مسألة٦ كتاب الشفعة.
(٨) المبسوط٣: ١١٠.

ولا تقبل شهادة البائع لأحدهما ،ويحتمل القبول على الشفيع مع القبض وله بدونه .

وعلل في المبسوط : بأنه داخل فإن بينة الداخل عنده مقدّمة ، وفي الخلاف : بأن بينته تثبت بزيادة الثمن والشفيع ينكره .

وقال ابن الجنيد : إن أقر المشتري بالشفعة فالبينة عليه في قدر الثمن واليمين على الشفيع ، وإن لم يقر فالبينة على الشفيع ، وفي المختلف رجّح بينة المشتري بأن قوله مقدّم على قول الشفيع ، قال : وهذا بخلاف الداخل والخارج؛ لأن بينة الداخل يمكن أن تستند الى اليد فلهذا قدمّنا بينة الخارج ، وفي صورة النزاع البينة تشهد على نفس العقد كشهادة بينة الشفيع[1] . وفيه نظر؛ لأن الترجيح ليس بهذا فقط بل بقوله عليه السلام : « واليمين على من انكر »[2] .

واحتمل المصنف في المختلف ايضاً القرعة؛ لأنهما يتنازعان في العقد ولا يد لهما عليه فصارا كالمتنازعين في عين في يد غيرهما ، وفيه نظر؛ لأن تنازعهما في استحقاق العين بالثمن المخصوص ، ولأن القرعة في الأمر المشكل الذي لم يدل النص على حكمه ، وما نحن فيه ليس كذلك .

قوله : (ولا تقبل شهادة البائع لأحدهما ، ويحتمل القبول على الشفيع مع القبض وله بدونه) .

وجه الأول : ان شهادته لأحدهما تجر نفعاً؛ لأن شهادته بكثرة الثمن تتضمن استحقاقه ذلك ، وكون الزائد لو خرج مستحقاً استحق بدله ، أو الرجوع الى عين ماله إن كان الشراء بعين الثمن ، وإن شهد بنقصانه يضمن ذلك دفع درك الزيادة لو خرج مستحقاً . ووجه الاحتمال : أنه مع القبض اذا شهد بالزيادة

---

(١) المختلف٢ : ٤٠٧ .

(٢) الكافي٧ : ٤١٥ حديث١و٢ ، التهذيب٦ : ٢٢٩ حديث٥٥٣و٥٥٤ ، سنن البيهقي١٠ : ٢٥٢ .

ولو كان الاختلاف بين المتبايعين وأقاما بينة فالأقرب الحكم لبينة المشتري ، ويأخذ الشفيع به .

فقد أقر بزيادة الدرك فلا تهمة ، ولا ينظر الى استحقاق المطالبة بالبدل أو العين على تقدير ظهور الاستحقاق؛ لاستحقار ذلك في ضمن هذا المحذور ، وبدون القبض اذا شهد بالنقيصة فقد أقدم على نقصان حقه ، ومحذور الدرك مستحقر في ضمن هذا ، والأصح أنها لا تقبل مطلقاً؛ لأنه ربما حاول بذلك اسقاط خيار الغبن وقلة الأرش لو ظهر المبيع معيباً ، بل ربما كان عالماً بالعيب ويتوقع المطالبة بأرشه ، وربما كان له غرض بعود المبيع اليه بفسخ المشتري اذا علم بالعيب أو الغبن ، ويخشى بأخذ الشفيع فوات ذلك فينفره من الأخذ بكثرة الثمن ، أو ربما كان يخاف رد المشتري إياه بالعيب أو الغبن دون الشفيع فزاد رغبته في الأخذ بتقليل الثمن ، وبالجملة فجهات جر النفع بالشهادة المذكورة لا يكاد ينضبط .

قوله : (ولو كان الاختلاف بين المتبائعين وأقاما بينة فالأقرب الحكم لبينة المشتري ويأخذ الشفيع به) .

قد سبق في البيع أنه اذا اختلف المتبائعان في الثمن ولا بينة فالقول قول البائع بيمينه إن كانت العين باقية ، فعلى هذا اذا أقاما بينة تقدم بينة المشتري؛ لأن اعتبار اليمين من أحد المتنازعين يقتضي اعتبار البينة من الآخر ، وحينئذ فيأخذ الشفيع بما شهدت به بينة المشتري؛ لأنه الثابت شرعاً ، ولأن الزائد بزعمه غير مستحق وبينة البائع كاذبة فيه ، وهذا على ما ذكروه من سماع البينة من المشتري اذا وقع الاختلاف بينه وبين الشفيع واضح ، لكن الاشكال السابق الوارد على أصل المسألة ، لو ادعى الشفيع الأقل منهما وارد هنا .

وقال الشيخ في المبسوط : يحكم بالقرعة فمن خرج اسمه حكم له وأخذ الشفيع بذلك الثمن[1] ، قال الشارح : وعلى التفاسخ مع اليمينين بينة

---

(١) المبسوط٣: ١١٠ .

ولو لم تقم البينة حلف البائع ، فيتخير الشفيع بين الأخذ به والترك ، والأقرب الأخذ بما ادّعاه المشتري ،

المشتري مخالفة لأصلين : انتقال الملك اليه ، ورضى البائع بالعوض الأقل . وبينة البائع تخالف أصلاً واحداً : وهو عدم رضى المشتري بالزيادة ، ولا ريب أن أصالة عدم انتقال الملك اليه قد زال باعتراف البائع بحصول البيع الناقل للملك في الجملة[1] .

اذا عرفت هذا فظاهر هذه المسائل ان هذا الاختلاف قبل أخذ الشفيع بالشفعة ، وما سيأتي في العبارة اظهر في الدلالة على ذلك ، فلا يكون اختلاف الشفيع والمشتري بعد الأخذ بالشفعة مذكوراً حكمه هنا .

قوله : (ولو لم يقم البينة حلف البائع ، فيتخير الشفيع بين الأخذ به والترك ، والأقرب الأخذ بما ادعاه المشتري) .

اذا لم يقم أحدهما بينة حلف البائع ؛ لأن القول قوله مع بقاء السلعة كما علم غير مرة ، فيتخير الشفيع بين الأخذ بما حلف عليه والترك؛ لأن الثابت شرعاً والواجب على المشتري دفعه فهو الثمن حقيقة . والأقرب انه لا يأخذ به بل بما ادعاه المشتري ، ووجه القرب : أن الأخذ إنما هو من المشتري ، وقد اعترف بأن الزيادة ظلم فلا يجوز أن يظلم بها غيره ، واقرار العقلاء على انفسهم جائز .

ويحتمل ضعيفاً الأول ، وهو الأخذ بما حلف عليه البائع بأنه الثمن شرعاً ، ويضعف بأنه الثمن في حق المشتري لا في حق الشفيع للمشتري مع اعترافه بكون الزائد ظلماً فيكون يمين البائع فاجرة بأقراره ، وهو الأصح . لكن هنا تحقيق : وهو أن الشفيع إن صدّق المشتري فالأمر كذلك ، وإن صدّق البائع وكان في نفس الأمر صادقاً وجب عليه التوصل الى دفع الزيادة الى المشتري ، وإلا لم يكن له طلبها ظاهراً؛ لأن ذلك حق له في نفس الأمر وإن الثابت

---

(١) إيضاح الفوائد٢ : ٢٢٤ .

وكذا لو أقام البائع البينة .

ولو قال المشتري : لا اعلم كمية الثمن كلّف جواباً صحيحاً ، ولو قال : أنسيته ، أو اشتراه وكيلي ولا اعلم به حلف وبطلت الشفعة .

ولو اختلفا في قيمة العوض المجعول ثمناً عرض على المقوّمين ،

خلافه .

قوله : (وكذا لو أقام البائع البينة) .

أي : وكذا يثبت ما ادعاه البائع لو اقام البينة عليه فيأخذ الشفيع بـه أو يترك ، والأقرب الأخذ بما ادعاه المشتري ، وهذا حق لكن الاشكال على سماع بينة البائع مع كونه المنكر وارد .

قوله :(ولو قال المشتري : لا اعلم كميّة الثمن كلف جواباً صحيحاً).

إنما لم يكن هذا جواباً صحيحاً لأجماله واحتماله ، ولهذا اذا فصّل يقبل قوله باليمين .

قوله : (ولو قال : انسيتـه ، أو اشتراه وكيلي ولا اعلم بـه حلف وبطلت الشفعة) .

إنما يحلف لانكاره وهو واضح في الثاني ، وأما في الأول فلأن النسيان لا يعرف إلا من قبله ، فلو لم يقبل قوله باليمين لكلف شططاً ، فاذا حلف بطلت الشفعة لتعذر العلم بالثمن وهو شرط لجواز الأخذ ، وإنما تبطل مع اليأس من العلم به ، فلو امكن استعلامه فالشفعة باقية ، ولو قال الشفيع : إني اعلم قدره وادعى المشتري النسيان فهل تثبت بيمين الشفيع هنا؟ فيه نظر .

قوله : (ولو اختلفا في قيمة المجعول ثمناً غرض على المقومين)

أي : الشفيع والمشتري بناءً على أن الشفعة تثبت مع كون الثمن قيمياً ، لا معنى للاختلاف في القيمة مع وجود العين وإمكان استعلام قيمتها .

فإن تعذّر قدّم قول المشتري على اشكال .

ولو اختلفا في الغراس أو البناء فقال المشتري : أنا احدثته ، وأنكر الشفيع قدّم قول المشتري ؛ لأنه ملكه والشفيع يطلب تملكه عليه .

ولو ادّعى أنه باع نصيبه على اجنبي ، فأنكر الأجنبي قضي للشريك بالشفعة بظاهر الإقرار على اشكال ،

قوله : (فإن تعذّر قدّم قول المشتري على اشكال) .

ينشأ : من أن الشفيع ينكر الزيادة فيقدّم قوله بيمينه ، ومن أن المنكر في الحقيقة هو المشتري كما قدمناه ، فالقول قوله في أن الشفيع لا يستحق الشقص بالقيمة الدنيا بيمينه ، وهذا واضح قبل الأخذ ، وفي الفرق بين هذه المسألة ومسألة الاختلاف في قدر الثمن حيث جزم بتقديم قول المشتري بيمينه هناك وتردد هنا عندي نظر .

قوله : (ولو اختلفا في الغراس أو البناء فقال المشتري : أنا احدثته وانكر الشفيع قدّم قول المشتري؛ لأنه ملكه والشفيع يطلب تملكه عليه).

الاختلاف في الشقص المبيع كالاختلاف في الثمن فالقول قول المشتري فيه بيمينه؛ لأنه منكر بالنسبة الى الزائد .

قوله : (ولو ادّعى أنه باع نصيبه على أجنبي فانكر الاجنبي قضي للشريك بالشفعة بظاهر الاقرار على اشكال) .

ينشأ : من اختلاف القولين ، وتعارض الأدلة . قال الشيخ في الخلاف[1] والمبسوط[2] : يثبت؛ لأن اقرار العقلاء على انفسهم جائز ، وقد أقر بما يقتضي أن ما بيده مستحق الأخذ بالشفعة ، ونفاها ابن ادريس؛ لأن

---

(١) الخلاف٢ : ١١٢ مسألة٣٤ كتاب الشفعة .

(٢) المبسوط٣ : ١٣٦ .

وللشفيع دون البائع ـ على اشكال ـ احلاف المشتري .

ثبوتها فرع ثبوت البيع ولم يثبت[1] ، وفيه نظر؛ لأن ثبوتها فرع ثبوت البيع باعتبار الأخذ من المشتري ، أما باعتبار الأخذ من البائع فيكفي اقراره في استحقاقها ، فإنه لو اقر شخص بأن زيداً يستحق ما بيدي بالشفعة وصدّقه ثبت استحقاقها بالشفعة وإن لم يثبت البيع . والأصح الثبوت ، فعلى هذا إن اقرار البائع بقبض الثمن دفع الشفيع الثمن الى الحاكم ، وإلا كان له أخذه قصاصاً والدرك هنا عليه .

قوله : (وللشفيع دون البائع على اشكال إحلاف المشتري) .

أي : اذا ادعى انه باع نصيبه من اجنبي وانكر الاجنبي للشفيع إحلاف الاجنبي وهو الذي عبّر عنه؟ (المشتري) ؛ لأنه بزعم البائع مشترٍ ، وذلك لأن له عليه حق الدرك على تقدير كونه مشترياً ، أو ينكل فيحلف فلعله يقر الشفيع ، هذا إن حكمنا بالشفعة بظاهر الاقرار ، وإلا كان الاحلاف لرجاء الاقرار بالشراء المثبت للشفعة ، وليس للبائع احلافه على اشكال ، وهو المراد بقول : (على اشكال) ينشأ : من أن فائدة الاحلاف رجاة ثبوت الشراء المقتضي أخذ الثمن إن لم يكن قبضه وهو حاصل من الشفيع فينتفي اليمين لانتفاء فائدتها ، ومن أن الثمن المأخوذ من الشفيع ليس هو عين حقه ، بل يأخذه قصاصاً فله الاحلاف لأجله .

ولأن دفع الدرك عن نفسه أمر مطلوب ، وربما تعلّق غرضه باثبات الشراء لبيان صدقه في دعواه أولمقابلة المشتري بضد مطلوبه في إنكاره ، والأصح أن له الاحلاف .

واعلم ان هذا الاشكال إنما هو على تقدير ثبوت الشفعة باقرار البائع ، أو كونه قد قبض الثمن من المشتري ، فإن قلنا بعدم الثبوت ولم يكن قد قبض الثمن فله الاحلاف قطعاً .

---

(١) السرائر: ٢٥٢ .

ولو ادعى تأخير شراء شريكه فالقول قول الشريك مع يمينه ، ويكفيه الحلف على عدم استحقاقه الشفعة .

ولو ادعى كل منهما السبق تحالفا مع عدم البينة ، ولا تكفي البينة على الشراء المطلق ، فإن شهدت بتقديم أحدهما قبلت .

قوله : (ولو ادعى تأخير شراء شريكه فالقول قول الشريك مع يمينه ، ويكفيه الحلف على عدم استحقاقه الشفعة) .

اذا ادعى على شريكه أن شراءه متأخر عن شرائه ، وانه يستحق عليه الشفعة فالقول قول الشريك بيمينه؛ لأنه منكر والأصل عدم الاستحقاق ، ولا يشترط أن يحلف على نفي تأخير الشراء وإن اجاب به؛ لأن الغرض المطلوب من هذه الدعوى هو استحقاق الشفعة فيكفي اليمين لنفيه ، وربما كان الشراء متأخراً ولا يستحق شفعة بسبب من الأسباب المسقطة لها فلا يكلف الحلف على نفيه ، وللشافعية وجه بلزوم الحلف على نفي التأخر[1] .

قوله : (ولو ادعى كل منهما السبق تحالفا مع عدم البينة) .

لأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه فاذا تحالفا استقر ملكهما؛ لاندفاع دعوى كل منهما بيمين الآخر .

قوله : (ولا تكفي البينة على الشراء المطلق) .

أي : الذي هو غير مقيّد بسبق شراء المشهود له على شراء الآخر؛ لأن مطلق الشراء لا تثبت به الشفعة .

قوله : (فإن شهدت بتقدم احداهما قبلت) .

مع انتفاء المعارض لنهوضهما بثبوت مقتضى الشفعة .

---

(١) المجموع ١٤ : ٣٤٧.

ولو شهدت بينتان لكل منهما بالسبق احتمل التساقط والقرعة .

ولو ادعى الإبتياع وادعى الشريك الإرث وأقاما بينة قيل : يقرع ، والأقرب الحكم ببينة الشفيع .

قوله : (ولو شهدت بينتان لكل منهما بالسبق احتمل التساقط والقرعة).

أي : لو شهدت احدى البينتين بسبق شراء احداهما ، والأُخرى بسبق الآخر بحيث يتفقان على سبق واحد وينفيان الاقتران احتمل التساقط لتكافؤهما وامتناع العمل بهما ، أو باحداهما لعدم المرجح ، وتنتفي الشفعة للشك في وجود المقتضى .

واختار الشارح الفاضل ولد المصنف التساقط وتحالفهما[1] ، وهو بعيد؛ لانتفاء اليمين عن الدعوى مع قيام البينة بها ، ويحتمل القرعة لاتفاقهما في الشهادة مع الشريكين على أن شراء احدهما سابق ولا معارض لهذا فيجب قبوله ، وثبوت الشفعة تابع له فيكون مقطوعاً به ، ولا شك أنّ إحدىٰ البينتين كاذبة؛ لامتناع سبق كل منهما على الأُخرى وهي غير معلومة فتستخرج بالقرعة؛ لأن في كل أمر مشكل القرعة ، وهذا مشكل إذ لا طريق الى معرفة ما هو الحق شرعاً إلا القرعة ، وهو الاقوى .

فإن قيل : الشفعة على خلاف الأصل ، والقرعة لا يقطع بتعينها المستحق فيكون القول بسقوطها أوجه؛ لعدم تعيّن المستحق لها .

قلنا : قد جعل الشارع القرعة نازلة منزلة التعين فكل من عينته كان هو المستحق في نظر الشارع ، ولا يريد بالمستحق إلا المستحق شرعاً ، وقد أُجريت القرعة فيما هو أشد خطراً من هذا وإن كان البطلان محتملاً .

قوله : (ولو ادّعى الابتياع وادّعى الشريك الإرث وأقاما بينة قيل : يقرع ، والأقرب الحكم بينة الشفيع) .

---

(١) إيضاح الفوائد٢ : ٢٢٦ .

ولو صدّق البائع الشفيع لم تثبت ،

أي : لو ادعى أحد الشريكين على شريكه الذي تأخر ملكه عن ملك الآخر أنه انتقل اليه الملك بالابتياع ، وقال الشريك : إنه انتقل بالإرث وأقام كل واحد منهما بينة قيل : يقرع بينهما ومن خرجت القرعة له حكم ببينته ، والقائل بذلك هو الشيخ رحمه الله محتجاً بأنهما متعارضان[1] .

وهل يشترط يمين من خرجت له القرعة على القول به؟ لم يصرحوا به هنا ، وعموم الحكم باليمين في نظائره يقتضي الحكم به هنا . والأقرب الحكم ببينة الشفيع؛ لأنه المدعي في الحقيقة ، لأنه يطلب انتزاع ملك الشريك بالشفعة ، ويدّعي استحقاق ذلك والشريك ينكره ، ولأنه لو ترك الخصومة لترك ، والبينة في جانب المدعي ، والقرعة إنما تثبت في الأمر المشكل الذي لم يثبت له حكم مخصوص من الشارع ، وهذا ليس من ذلك لعموم قوله عليه السلام : « البينة على المدعي »[2] ، ولأنه ربما لم يكن بين البينتين تعارض في بعض الصور ، إذ بينة الإرث ربما عوّلت على اصالة بقاء الملك الى حين الموت فانتقل بالارث؛ لعدم علمها بصدور البيع ، فإن استنادها في ذلك الى الاستصحاب كاف ، فبينة الشراء مطلقة على أمر زائد لم يكن للأُخرى علم به ، وهو صدور البيع المشهود به فكانت مقدمة كما هو معلوم ، وهذا إنما يتفق حيث يكون البائع هو المورّث إذ مع تغايرهما لا يمكن الجمع بينهما ، وعلى كل حال فالمختار هو الأقرب عند المصنف .

قوله : (ولو صدّق البائع الشفيع لم يثبت) .

أي : لو صدّق من انتقل عنه الملك ـ اطلق عليه اسم البائع بمقتضى اقرار الشريك الآخر الذي هو شفيع بزعمه ـ لم تثبت الشفعة على الشريك المدّعى عليه؛ لأن تصديق من خرج عنه الملك الى الغير اقرار في حق الغير فلا

---

(١) المبسوط٣: ١٢٩ .

(٢) الكافي٧: ٤١٥ حديث١، التهذيب٦: ٢٢٩ حديث٥٥٣ .

وكذا إن أقام الشفيع بينة أنه كان للبائع ولم يقم الشريك بينة بالإرث ؛ لأنها لم تشهد بالبيع .

واقرار البائع لا يقبل ؛ لأنه اقرار على الغير ، ولا تقبل شهادته عليه .

وليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع .

يقبل .

قوله : (وكذا إن أقام الشفيع بينة أنه كان للبائع ولم يقم الشريك بينة بالارث؛ لأنها لم تشهد بالبيع) .

وثبوت الشفعة تابع للبيع فما لم يثبت لم يثبت .

وقوله : (واقرار البائع لا يقبل ، لأنه اقرار على الغير) تعليل لقوله :(ولو صدّق البائع الشفيع لم يثبت) ذكره بعد تعليل المسألة التالية لها ، فيكون من قبيل اللف والنشر غير المرتب ، ويمكن جعله مسألة أُخرى برأسها مستأنفة لكن يلزم التكرار؛ لأن التصديق هنا في معنى الاقرار .

قوله : (ولا تقبل شهادته عليه) .

أي : لا تقبل شهادة من هو بائع بزعم المدّعى عليه ، أي : على الشريك ، وهذا إنما يكون اذا ادعى الشريك انتقال الشقص اليه بالارث عن شخص ، وادعى الشفيع بزعمه انتقاله بالبيع عن شخص آخر موجود . ولا ريب أن المسألة مفروضة أعم من هذا ، ولا بعد في ذكر بعض الاحكام المختصة ببعض شعب المسألة ، وإنما لم تقبل شهادته عليه للتهمة ، فانه اذا كان البائع ثبت له على الشريك درك الثمن واستحقاق خيار الغبن أو الرؤية ، ونحو ذلك بشروطه . وبالجملة فشهادته بالانتقال عنه بالبيع تقتضي ثبوت سلطنة البائع على المشترى ، وذلك يجر نفعاً ويوجب التهمة فلا تسمع .

قوله : (وليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع) .

ولو ادعى الشريك الإيداع وأقاما بينة قدّمت بينة الشفيع ؛ لعدم التنافي بين الإيداع والابتياع .

أي : ليست الشفعة من حقوق العقد الثابت على البائع كخيار المجلس حتى يقبل فيها قول البائع ؛ لكونها اقراراً على نفسه أو حق يقبل فيها شهادته ، ولانتفاء جر النفع ؛ وإنما الشفعة حق ثابت بالاستقلال للشريك بسبب البيع وليست من حقوقه .

قوله : (ولو ادّعى الشريك الايداع وأقاما بينة قدّمت بينة الشفيع ؛ لعدم التنافي بين الايداع والابتياع) .

هذا معطوف على قوله : (وادعى الشريك الارث) أي : ولو ادعى أحد الشريكين على من بيده الشقص الآخر انك قد اشتريته فاستحق أخذه بالشفعة ، فأجاب بأنه في يده بحكم الايداع من مالكه ، فقول المصنف : (وادعى الشريك) لا يخلو من تسامح ؛ لأنه لم يتحقق كونه شريكاً وهو يدعي كونه مستودعاً ، ولو كان شريكاً لكانت دعواه كونه مستودعاً مما لا تقبل[1] ، وكأن المصنف توسّع في اطلاق اسم الشريك عليه باعتبار كونه صاحب يد ظاهرها يقتضي الملك ولزعم المدعي انه شريك ، فاذا اقاما بينة بان اقام المدعي بينة بالشراء والمدعى عليه بينته بالايداع فلا يخلو : أما أن تكون كل منهما مؤرخة أو احداهما وهو صورتان ، أو لا تكون واحدة منهما ، وعلى التقديرات فلا يخلو : أما أن تتعرض بينة الشراء الى كون البائع باع ملكه وبينة الايداع الى كونه أودع ملكه ، أو لا تتعرض واحدة منهما لذلك الملك أو الواحدة دون الأخرى وهو صورتان فتحصل ست عشرة صورة يبين حكمها فيما سنذكره ، وذلك انه اذا لم يحصل التعرض للملك في البيع والايداع ، أو حصل فيهما معاً ، أو في الايداع وهو متقدّم فلا منافاة بين البينتين ؛ لإمكان حصول البيع والايداع معاً ، والايداع لا ينافي البيع .

---

(١) في «ق» : لا يعقل .

نعم لو شهدت البينة بالابتياع مطلقاً ، والأُخرى أن المودع أودعه ما هو ملكه في تأريخ متأخر قيل : قدّمت بينة الإيداع ؛ لانفرادها بالملك ، ويكاتب المودع فإن صدق بطلت الشفعة ، وإلاّ حكم للشفيع .

أما اذا تقدّم الايداع فظاهر ، فإن المودع قد يبيع ملكه على المستودع ولا يطلع بينة الايداع على البيع فتشهد بالاستصحاب ، وكذا اذا لم يذكر البينتان التاريخ ، أو ذكرته واحدة ولم تذكره الأُخرى .

ولو تقدّم البيع فلا منافاة ، إذ قد يدفع البائع المبيع الى المشتري بصورة الوديعة لمصلحة من خوف ظالم أو غيره ، وحيث لم يكن الايداع منافياً للبيع وجب الحكم بالبيع ؛ لأن بينته لا معارض لها كما حققناه .

قد يقال : هذا ينافي كون الايداع مستعملاً في حقيقته ، فإن ذلك لا يعد وديعة حقيقة فالتعارض بحاله .

فنقول : وإن كان كذلك إلا أن الايداع عقد جائز يكفي فيه مجرد الفعل بخلاف البيع ، فربما ظن الشاهد الايداع تعويلاً على بعض القرائن ، وربما تسامح فيه لكونه جائزاً غير ناقل للملك بخلاف البيع فانه أبعد عن ذلك .

اذا عرفت هذا فقول المصنف : (قدّمت بينة الشفيع) غير حسن؛ لأن تقديمها على بينة أُخرى فرع التعارض ولا تعارض هنا؛ لعدم التنافي كما ذكرنا ، مع أن التقديم لا ربط له بقوله لعدم التنافي بين الايداع والابتياع .

قوله : (نعم لو شهدت البينة بالابتياع مطلقاً ، والأُخرى أن المودع أودعه ما هو ملكه في تأريخ متأخر قيل : قدّمت بينة الايداع؛ لانفرادها بالملك ويكاتب المودع فإن صدق بطلت الشفعة وإلا حكم للشفيع) .

هذا في قوة الاستثناء من الذي قبله لأن قوله : (وأقاما بينة قدّمت بنية الشفيع) ظاهر الاطلاق في جميع الصوّر فاستثنى منها هذا وما بعده . وتحقيقه : ان بينة الابتياع اذا لم تتعرض لكون البائع قد باع ملكه بل شهدت

. . . .

بالبيع فقط ، وشهدت بينة الايداع بكونه قد أودع ملكه في تأريخ متأخر . عن تأريخ البيع فتكون البينتان معاً مؤرختين ، فنؤرخ بينة البيع بيوم الجمعة الفلاني وبينة الايداع بيوم السبت الذي هو بعده ، فقد قيل : تقدّم بينة الايداع والقائل بذلك هو الشيخ رحمه الله في المبسوط[1] ، ووجهه : انفرادها بذكر الملك فلا يحتمل أن يكون المودع غير مملوك ، ويمكن أن يكون البيع لغير المملوك فاطلاقه اضعف من الوديعة المقيّدة بصدورها عن المالك ، وفيه نظر فإن هذا إنما يستقيم اذا كان المودع غير من شهدت البينة الأُخرى بكونه بائعاً ، فإنه اذا كان واحداً كان مالكاً لا محالة فلا يجيء احتمال بيعه ما ليس بمالك له ، فلا يستقيم ما ذكره على اطلاقه ، إنما يستقيم اذا اسندت كل واحدة منهما ما شهدت به الى غير ما اسندت اليه الأُخرى .

قد يقال على النظر : إن البائع والمودع وإن اتحد فإن الاحتمال بحاله في هذه الصورة؛ لامكان أن يبيع وهو غير مالك ثم يملك فيودع ، فاذا تحقق ذلك يكاتب المودع وهو من ادعى صاحب اليد أنه اودعه وشهدت البينة بايداعه ـ ملكه بالصورة؛ لأن اليد له حينئذ بزعم المدّعى عليه وبينته ، فإن صدّق فلا شفعة ويكون بمنزلة ما لو شهدت احدى البينتين لواحد بالملك والأُخرى بالتصرف فإن الملك اقوى ، وإلا ـ أي : وإن لم يصدق ذلك ـ حكم للشفيع ؛ لانتفاء حقه بتكذيب بينته فتسقط فتبقى بينة الشفيع بغير معارض فيجب العمل بها .

فإن قيل : إن الشراء المشهود به قد نزّل على الأعم من الشراء من المالك ، فكيف يعمل بها بعد التكذيب

قلنا : كان الحمل على خلاف الظاهر؛ لوجود المعارض الذي لا يقبل خلاف الظاهر .

---

(١) المبسوط٣: ١٢٩ .

ولو شهدت بينة الشفيع أن البائع باع وهو ملكه ، وبينة الإيداع مطلقاً قضي للشفيع من غير مراسلة ؛ لانتفاء معناها .

اذا عرفت هذا فاعلم أن ظاهر حكاية كلام المصنف : قوله : (قيل) يدل على استضعافه إياه ، ولا ريب في ضعفه؛ لأن البينة بايداع الملك لا ينفي البيع ، لأن الشهادة بالملك يكفي فيها الاستناد الى العلم بالملك في زمان متقدم ، وعدم العلم بالمزيل الطارىء وعدم العلم به لا يدل على عدمه ، فحينئذ بينة الشراء تشهد بأمر زائد لا تعارضها الأُخرى فيه فيجب الحكم بها ، وهو الأصح .

قوله : (ولو شهدت بينة الشفيع أن البائع باع ما هو ملكه ، وبينة الايداع مطلقاً قضي للشفيع من غير مراسلة؛ لانتفاء معناها) .

هذه عكس الأُولى في الفرض ، والقضاء هنا للشفيع قطعاً ولا مراسلة؛ لانتفاء معنى المراسلة ـ أي : فائدتها ـ فإنه لو صدّقه لم يحكم ببيّنة الايداع؛ لوجود المعارض الأقوى .

واعلم أن التعرض لهذه المسألة غير محتاج؛ لأن حكمها مستفاد من قوله في المسألة الأُولى : (قدّمت بينة الشفيع) فإن مقتضاه ذلك في جميع الصوّر ، وآكد قوله في المسألة التي بعدها : (نعم . . .) لأنها في الاستدراك والاستثناء ، فإن ذلك يشعر بدخولها فاستثناها لمخالفة حكمها حكم الباقي ولا مخالفة في هذه ، على أن عطف الأخيرة عليها يوهم كون الأخيرة مستثناة أيضاً ، وهو فاسد؛ لانتفاء المخالفة في الحكم .

وفي العبارة مناقشات أُخر نبهنا عليها :

الأُولى : في قوله :(ولو ادعى الشريك الايداع) فإن الشريك قد يكون مستودعاً وقد اعتذرنا له عنه .

الثانية : في قوله : (قدّمت بينة الشفيع) فإنه لا تعارض فلا معنى

ويطالب مدعي الشفعة بالتحرير ، بأن يحدد مكان الشقص ، ويذكر قدره، وكمية الثمن .

للتقديم؛ لأنه لا ربط بينه وبين قوله : (لعدم التنافي حينئذ) في حكاية قول الشيخ قدّمت بينة الايداع ويكاتب المودع فإن صدّق بطلت الشفعة وإلا حكم للشفيع ، فإن الحكم للشفيع ينافي تقديمها بل ترتب عدم الشفعة على تصديقها ينافي تقديمها .

وكان الأولى أن يقول : قيل يكاتب المودع فإن صدّق حكم ببيّنة الايداع ؛ لأنها اقوى الى آخره . وفي قوله : بطلت الشفعة تجوّز ظاهر ، إذ لم تثبت شفعة لتبطل .

قوله : (ويطالب مدّعي الشفعة بالتحرير بأن يحدد مكان الشقص ويذكر قدره وكمية الثمن) :

لا بد من مطالبة مدعي الشفعة بتحرير الدعوى فإن الدعوى غير المحررة لا تسمع وتحريرها بان تحدد مكان الشقص اي يذكره ما يميزة عن غيره سواء كان يذكر حدوده ام لا فليس المراد من تحديد ذكر الحدود لان شهرته باسم او وصف قد يكون اظهر في تميزه من ان يحتاج الى تحديد وانما قال تحدد مكان الشقص لان الشقص شائع فلا يمكن تحديده الا بتحديد المجموع وانما اشترط التميز لان الدعوى بالشيء الغائب عن محبس الحكم لا بد من تميزه عن غيره والا لم تسمع الدعوى به لتعذر الحكم ولا بد من ان يذكر قدر الشقص لان ذلك من جملة التميز ولا بد من ذكر كمية الثمن لتعذر الشفعة من دون معرفة الثمن .

ولقائل ان يقول ان الدعوى باستحقاق الشفعة في شقص من المكان المعين المحدود لا يتوقف على معرفة قدر الشقص وكمية الثمن لأمكان الحكم بالشفعة في الجملة كما يصح الدعوى في المال المجهول والحكم باستحقاقه ثم يعين وجوابه ان الثمن لو كان مجهولا في الواقع وقدر الشقص انتفت الشفعة فكيف يمكن الحكم باستحقاقها من دون تعيينها بخلاف استحقاق المال

فإن قال الخصم : اشتريته لفلان سئل فإن صدّق ثبتت الشفعة عليه .

وإن قال : هو ملكي لم اشتره انتقلت الحكومة اليه ، وإن كذّبه حكم بالشفعة على الخصم على اشكال ، وإن كان المنسوب اليه غائباً انتزعه الحاكم ودفعه الى الشفيع الى أن يحضر الغائب ، ويكون على

المجهول فالعلم به غير شرط في الاستحقاق بخلاف الشفعة .

قوله : (فان قال الخصم اشتريته لفلان سئل فان صدق ثبت الشفعة عليه وان قال هو ملكي لم اشتره انتقلت الحكومة اليه) .

هذه من شعب ما اذا ادعى الشريك الشفعة على من بيده الشقص فتارة اجاب بكونه وارثا وتارة بكونه مستودعا وهنا اجاب بكونه اشتراه لغيره فاراد بالخصم من بيده الشقص فسماه في المسائل السابقةشريكا . ثم المنسوب اليه الشراء لاجله اما ان يكون موليا عليه بالنسبة الى المشتري او بالغاً او عاقلاً والثاني اما ان يكون حاضراً او غائباً وحكم الحاضر مذكور هنا وهو انه يسئل لامكان مراجعته بغير امتداد زمان وحصول ضرورة فلا يتسلط على ملكه بدون ذلك فان صدق فلا بحث وان قال هو ملكي لم اشتره انتقلت الحكومة اليه لان يد الاول فرع يده وهل يؤثر اقرار الاول بالشراء الظاهر لا ، لانه اقرار على الغير فحينئذ يسعى في الاثبات ان امكنه .

قوله : (وإن كذّبه حكم بالشفعة على الخصم على اشكال) .

ينشأ : من اقراره بالشراء الموجب للشفعة حيث أنه اقرار على ما في يده ، ومن نفي الملك عن نفسه ، والأقرب الحكم بالشفعة لاقراره بالشراء حيث كان مسموعاً إذ لم يقر بالملك للغير قبله ، واندفاع الاقرار به للغير بتكذيبه فيدفع الثمن الى الحاكم الى أن يظهر مالكه .

قوله : (وإن كان المنسوب اليه غائباً انتزعه الحاكم ودفعه الى

حجته اذا قدم .

وإن قال : اشتريته للطفل وله عليه ولاية احتمل ثبوت الشفعة ؛ لأنه يملك الشراء له فيملك اقراره فيه ، والعدم ، لثبوت الملك للطفل .

والشفعة ايجاب حق في مال الصغير باقرار وليه ،

الشفيع الى أن يحضر الغائب ويكون على حجته اذا قدم) .

هذا حكم الغائب ، وإنما ينتزعه الحاكم هنا ويدفعه الى الشفيع؛ لأن انتظاره الى أن يقدم[1] الغائب فيه تأخير لحقه المقتضي للضرر بخلاف الحاضر ، ولأنه لولا ذلك لالتجأ كل مُشترٍ إلىٰ دعوى الشراء للغائب ليسقط حق الشفيع ، ويأخذ الحاكم الثمن الى ان يحضر الغائب وهو على حجته ، أي : لم يحكم عليه بالشفعة بحيث لا تسمع حجته بعد ذلك ، بل يقول : اما أن يكون مصدّقاً فلا بحث ، أو يقول : هو ملكي لم اشتره فالخصومة معه ، أو يكذب فالحكم ما سبق .

قوله : (وإن قال : اشتريته للطفل وله عليه ولاية احتمل ثبوت الشفعة؛ لأنه يملك الشراء له فيملك اقراره فيه ، والعدم؛ لثبوت الملك للطفل ، والشفعة ايجاب حق في مال الصغير باقرار وليه) .

هذا حكم ما اذا كان المنسوب اليه مولياً عليه للمقر[2] ، وذكر فيه احتمالين :

احداهما : ثبوت الشفعة؛ لأن الولي يملك الشراء للطفل فيملك الاقرار فيما يشتريه ، فيكون الضمير في قوله : (فيه) راجعاً الى ما دل عليه الشراء فإنه يستلزم ملكاً يشترى ، ويمكن عوده الى الشراء؛ لأن الشفعة من توابع الشراء فيكون الاقرار بها اقراراً في الشراء ، ولا يخلو من تكلف . ثم في هذا التوجيه

---

(١) في «م»: يراسل.

(٢) في «ق»: للغير.

فإن اعترف بعد اقراره بالملكية للغائب أو للطفل بالشراء لم تثبت الشفعة .

ولو ادعى الحاضر من الشريكين على من في يده حصة الغائب الشراء من الغائب فصدّقه احتمل ثبوت الشفعة ؛ لأنه اقرار من ذي اليد ،

نظر؛ لأنه لو صح هذا لوجب أن يملك الاقرار بالشفعة بعد اقراره بكون الملك للطفل ، وسيأتي التصريح بخلافه ان شاء الله تعالىٰ .

والثاني : العدم؛ لثبوت الملك للطفل ، والشفعة فيه ايجاب حق في مال الصغير باقرار وليه فلا ينفذ؛ لأنه اقرار على الغير ، وفيه نظر؛ لأنّا لا نسلّم انه اقرار على الطفل بل هو اقرار على ما في يده ، فإنه اقرار بالشراء وبكونه للطفل حيث كان ظاهر حال يده يقتضي كونه مالكاً ، فإما أن يسمع واحد من الأمرين أو يسمعا معاً ، والأصح ثبوت الشفعة ، وما ذكره من الاحتمال هنا مع الجزم بالحكم في الغائب لا وجه له أصلا .

قوله : (فإن اعترف بعد اقراره بالملكية للغائب ، أو للطفل بالشراء لم تثبت الشفعة) .

أي : لو اعترف من بيده الشقص على المدعى عليه بالشفعة بالشراء بعد اقراره بكونه مملوكاً للغائب أو للطفل ، بأن قال عندما ادعى عليه الشريك بالشفعة : هذا ليس ملكاً لي بل هو ملك لفلان الغائب أو لمحجوري فلان اشتريته له لم تثبت الشفعة؛ لأن اقراره بالشراء بعد اقراره بالملك للغير اقرار في حق الغير فلا يسمع، بخلاف ما اذا اقر بالشراء ابتداء؛ لأن الملك ثبت بذلك الاقرار فيثبت جميعه .

ولا يخفى عليك تعلّق الجار في قوله : (بالملكية) بالاقرار في قوله : (بعد اقراره) ، والباء في قوله : (بالشراء) بقوله : (اعترف اي اعترف بالشراء) بعد اقراره بالملكية الى آخره .

قوله : (ولو ادعى الحاضر من الشريكين على من في يده حصة الغائب الشراء من الغائب فصدّقه احتمل ثبوت الشفعة؛ لأنه اقرار من ذي

وعدمه ؛ لأنه اقرار على الغير ، فإن قدّم الغائب وانكر البيع قدّم قوله مع اليمين ، وانتزع الشقص وطالب بالأُجرة من شاء منهما ، ولا يرجع أحدهما على الآخر .

اليد ، وعدمه؛ لأنه اقرار على الغير) .

يضعّف الأول : بأن اقرار ذي اليد مسموع حيث لا يكون اقراراً على الغير ، وذلك إذا لم يعلم كون الملك للغير ، أما اذا علم فهو اقرار على الغير لا محالة ، لكن يشكل بشيء : وهو أن من بيده مال للغير مصدّق في دعوى الوكالة بغير خلاف ، ويجوز الشراء منه والتصرف تعويلاً على قوله . وكذا لو ادعى الشراء من المالك تسمع ، فلا تثبت الشفعة بدعواه الشراء مع الحكم بنفوذه ، وقوّى في التحرير ثبوت الشفعة[1] .

والذي يخطر بالبال انه إن كان المراد بثبوت الشفعة انتزاع الحاكم الشقص ويسلمه الى المدعي ـ كما هو المتبادر من ذكر الدعوى ـ فهو مشكل ، والظاهر العدم؛ لأن مجرد دعوى الشراء ممن بيده مال الغير لا يقتضي الثبوت شرعاً ، وليس المراد بجواز الشراء منه لو ادعى الوكالة : الحكم بالوكالة ، وإن كان المراد ـ جواز أخذ المدعي ذلك بدعوى من بيده المال ـ الشراء فليس ببعيد ، كما يجوز له الشراء منه والاتهاب ونحوهما من التصرفات ، ثم يكون الغائب على حجته .

قوله : (فإن قدّم الغائب وانكر البيع قُدّم قوله مع اليمين وانتزع الشقص ، وطالب بالأُجرة من شاء منهما ، ولا يرجع أحدهما على الآخر) .

لا ريب أن أُجرة ما فات من المنافع في يد مدعي الشراء لا يطالب بها الآخذ بالشفعة ، أما ما فات في يد الآخذ فإنه مخيّر في المطالبة به لكل منهما ،

---

(١) التحرير٢ : ١٥٠ .

ولو أنكر المشتري ملكية الشفيع افتقر الى البينة ، وفي القضاء له باليد اشكال ،

فإن رجع على مدعي الشراء لم يرجع على الآخذ بالشفعة ؛ لاعترافه بأن المنافع حقه وأن المطالبة ظلم . وإن رجع على الآخذ لم يرجع على مدعي الشراء ؛ لأن الآخذ قد صدّقه بدعواه الشراء ، والشفعة على كون الغائب ظالماً بالمطالبة بعوض المنافع والمظلوم إنما يطالب ظالمه . نعم لو غرّه من أول الأمر بدعواه الشراء ، ولم يصدر منه ما يقتضي تصديقه كان له الرجوع على أصح القولين من أن المغرور يرجع بما اغترم مما حصل له في مقابله نفع ، وفي التحرير قال : فإن طالب الوكيل رجع على الشفيع لتلف المنافع في يده ، وإن طالب الشفيع لم يرجع على أحد[1] ، وفيه نظر يعلم مما ذكرناه .

قوله : (ولو أنكر المشتري ملكية الشفيع افتقر الى البينة وفي القضاء له باليد اشكال)[2] .

أي : لو أنكر المشتري كون مدعي الشفعة شريكاً ، بأن نفى ملكيته للشقص الآخر افتقر الى البينة على دعواه إن لم يكن صاحب يد قطعاً ، وهل يقضى له باليد لو كان صاحب يد؟ فيه اشكال ينشأ : من دلالتها على الملك شرعاً وهو سبب ثبوت الشفعة ، ومن أن دلالتها ضعيفة ؛ لأنها إنما تدل ظاهراً بمعنى انه لا ينتزع الملك من ذي اليد بمجرد الدعوى ، وعدم الاحتياج الى البينة من طرفه ، فأما له استحقاق انتزاع ملك الغير الذي هو على خلاف الأصل فيتوقف على قاطع ؛ لأن لليد المحتملة حينئذ معارضاً وهو حق المشتري .

ويضعّف بأن ما نصّبه الشارع دليلاً على الملك يقتضي ثبوته فتترتب عليه جميع توابع الملك ومن جملتها الشفعة ، وكون دلالتها على الملك إنما هو ظاهر غير قادح ؛ لأن الأحكام الشرعية كلها جارية على الظاهر ، وهكذا الحال

---

(١) التحرير ٢ : ١٥٠ .

(٢) هذا القول والذي بعده مع شرحيهما لم يردا في نسخة «ق» .

فلو قضي له بالنصف الذي ادعاه في يده مع مدعي الكل باليمين لم تكن له الشفعة لو باع مدعي الكل ، إلاّ بالبينة إن لم نقض باليد .

ولو ادعى كل من الشريكين السبق في الشراء سمع من المدعي أولاً ، فإن لم تكن بينة حلّفنا المنكر ، فإن نكل حلّفنا المدعي وقضي له ، ولم تسمع دعوى الآخر ؛ لأن خصمه قد استحق ملكه .

في البينة وغيرها من اسباب الملك . وحق المشتري غير معارض؛ لأن الشريك متى ثبت ملكه شرعاً كان حقه مقدماً بالنص[1] والاجماع ، والأصح القضاء بها ، وهل يستحق احلافه؟ الظاهر نعم ، أما اذا ادعى كون ما بيده له فظاهر ، وأما اذا لم يدّع الملك لنفسه وإنما اقتصر على نفيه عنه فلإجرائه مجرى الدعوى .

قوله : (فلو قضي له بالنصف الذي ادعاه في يده مع مدعي الكل باليمين لم تكن له الشفعة لو باع مدعي الكل إلا بالبينة إن لم نقض باليد) .

أي : حيث كان كذلك ، فلو قضي لذي اليد بالنصف الذي ادعاه وهو في يده مع يد مدعي الكل ، على أن المجموع في يدهما باليمين لكونه داخلاً ومنكراً لم تكن لمدعي النصف الشفعة في النصف الآخر اذا أحدث شراءه ، إلاّ بالبينة إن قلنا بأن اليد لا تكفي في ثبوت استحقاق الشفعة ، وقد سبق دليل المسألة وما هو المختار ، والعبارة لا تخلو من شيء .

قوله : (ولو ادعى كل من الشريكين السبق في الشراء سمع من المدعي أولاً ، فإن لم تكن بينة حلفّنا المنكر ، فإن نكل حلفّنا المدعي وقُضي له ولم تسمع دعوى الآخر؛ لأن خصمه قد استحق ملكه) .

أي : لو ادعى كل من الشريكين على الآخر السبق في الشراء ، وأنه

---

(١) التهذيب ٧ : ١٦٤ حديث ٧٢٥ و ٧٢٦ .

. . . .

يستحق الشفعة عليه لم يمكن سماع الدعويين معاً لما سيأتي في القضاء إن شاء الله تعالى ، بل إن سبق أحدهما بالدعوى سمع منه،وإن ابتدرا معاً : فإما أن يسمع من الذي عن يمين صاحبه ، أو يقرع على ما سيأتي إن شاء الله .

فإن كان للمدعي بينة حكم له إن نهضت حجة ، وإلا حلفّنا المنكر ثم سمعنا دعوى الثاني على الأول : فإن انكر حلف وسقطت الدعويان ، فإن نكل حلف الثاني وقضي له وهذا إذا حلف المنكر في الدعوى الأولى ، فإن نكل ردت اليمين على المدعي الأول ، فاذا حلف استحق الشفعة ولم تسمع دعوى الثاني ؛ لأن خصمه قد استحق ملكه ، ولأنا لو سمعناها للزم الحكم ببطلان القضاء الأول إن رتبّنا على البينة الثانية أو اليمين المردودة ثانياً مقتضاهما وإلا لم يكن لهما فائدة أصلاً ، ومثله ما لو أقام المدعي الأول البينة وقضي بها ، فإن قلت : ظاهر قوله فيما تقدّم : (لو ادعى كل منهما السبق تحالفا) سماع الدعويين معاً ، وثبوت اليمين لكل منهما على صاحبه ، وهو مناف لما ذكره هنا ، وفي التذكرة[1] ، والتحرير[2] .

قلت : ليس المراد من قوله : (تحالفا) ذلك ، بل المراد سماع الدعوى من أحدهما على حسبما يقتضيه الحال من سبق وغيره ، فإذا حلف المدّعى عليه سمعت دعواه على المدعي ، فاذا انكر وحلف تحقق تحالفهما ، فهذا هو المراد لا التحالف المذكور في البيع والجعالة والاجارة وغيرها ؛ لأن المتنازع فيه هناك شيء واحد وهو الثمن والأُجرة ، وكل منهما مدّع ومدّعى عليه فيه ، بخلاف ما هنا فإن المتنازع فيه شفعة أحدهما على الآخَر وشفعة الآخر عليه وهما شيئان مستقلان ، فلا تكون الدعوى بهما واحدة فلا يمكن سماعهما دفعة واحدة ، بل لا بد من تقديم من يجب تقديمه .

---

(١) التذكرة١ : ٦٠١ .

(٢) التحرير٢ : ١٥١ .

ولو اختلف المتبايعان في الثمن واوجبنا التحالف أخذه الشفيع بما حلف البائع ، لا بما حلف المشتري ؛ لأن للبائع فسخ البيع فإذا أخذه بما قال المشتري منع منه ، فإن رضي المشتري بأخذه بما قال البائع جاز وملك الشفيع اخذه بما قال المشتري ، فإن عاد المشتري وصدّق البائع وقال : كنت غالطاً فهل للشفيع أخذه بما حلف عليه ؟ الأقرب ذلك .

فإن قلت : قد سبق أنهما اذا اقاما بينتين تساقطا ، أو يقرع على اختلاف القولين فكيف سمعت الدعويان واعتبرت البينتان؟

قلت : المراد فيما سبق : انه اذا ادعى أحدهما ، أوكل منهما السبق وسمعنا دعوى واحدة منهما ، فأقام بينة بالسبق أقام الآخر ـ وهو المدعى عليه ـ بينة أُخرى بكونه السابق من غير إنشاء دعوى مستأنفه ، وقبل صدور الحكم والقضاء بالشفعة للمدعي فإن البينة من المدعى عليه مسموعة هنا؛ لأن كلاً منهما مدعي سلطنة على ملك الآخر ، فله أن يدفعها عن نفسه بما يدل على ثبوت سلطنته عليه ، كما تسمع بينة المشتري اذا اختلف هو والشفيع في الثمن مع أن الشفيع هو المدعي كما حققناه ، وكما تسمع بينة البائع اذا اختلف هو والمشتري مع بقاء العين ، فإنه على المذهب المختار المدعي هو المشتري والبائع هو منكر ، فإذا أقاما بينتين تعارضتا ولا مرجّح ، بخلاف ما هنا فإن المراد أن المدعي الأول اذا اثبت استحقاق الشفعة على الآخر بالبينة أو اليمين المردودة قُضي له ، فلا تسمع دعوى الثاني حيث أنها تؤدي الى ما ينافي ما قضى به الحاكم .

قوله : (ولو اختلف المتبائعان في الثمن واوجبنا التحالف أخذه الشفيع بما حلف البائع لا بما حلف المشتري؛ لأن البائع فسخ البيع ، فاذا اخذه بما قال المشتري منع منه ، فإن رضي المشتري بأخذه بما قال البائع جاز وملك الشفيع أخذه بما قال المشتري ، فإن عاد المشتري وصدّق البائع وقال : كنت غالطاً فهل للشفيع أخذه بما حلف عليه؟ الأقرب

. . . .

ذلك) .

لو اختلف المتبائعان في الثمن وقدّمنا قول البائع بيمينه مع بقاء العين وهو الأصح فقد سبق حكمه ، ولو قلنا بالتحالف أخذه الشفيع بما حلف عليه البائع ؛ لأن ما حلف عليه المشتري : إما أخذه بالشفعة ؛ فلأنها قد ثبتت بالبيع واستحقها الشفيع فلا يسقط بما يطرأ من المتبائعين مما يقتضي الفسخ كما بيّنا غير مرة ، وإما أخذه بما حلف عليه البائع ؛ فلأن البائع بعد التحالف يفسخ البيع ، أو لأنه قد فسخه على اختلاف النسخة ، وما كان ذلك إلّا حذراً من دفع المبيع بما قال المشتري ، فلو أخذه الشفيع بما قال المشتري لم يكن ليمين البائع وفسخه فائدة فيمنع منه .

والضمير في قوله : (منع منه) إن كان الفعل معلوماً يعود الى الأخذ ، وإن كان مجهولاً يعود الى البائع ، وفيه نظر فإن فائدة اليمين والفسخ يجوز أن تكون دفع استحقاق المشتري أخذ المبيع بما قاله وهو متحقق ، ثم إن البائع إنما يحلف على نفي ما يدعيه المشتري واليمين بنفي شيء لا يكون لاثبات غيره ، نعم لو قلنا : إنه يحلف يميناً جامعة للنفي والاثبات امكن .

وقد صرح المصنف فيما مضى ان الشفيع يأخذ من البائع هنا فيكون الدرك عليه ، مع أن باقي المواضع التي طرأ فيها الفسخ حكموا بأن الأخذ فيها من المشتري والدرك عليه ، واوجبوا عليه قيمة الشقص للبائع ، وكان حقه أن يكون ها هنا كذلك عملاً بما ثبت ، وحينئذ فيكون الأخذ بما قاله المشتري ، وأي فرق بين هذه ، وبين ما اذا ظهر عيب في الثمن المعيّن ففسخ البائع .

لا يقال : هنا اندفع الثمن الذي ادعاه المشتري بيمين البائع ، والفسخ هنا بحكم الشارع بخلاف ما هناك .

لأنا نقول : اندفع في حق البائع لا مطلقاً ، وكون الفسخ بحكم الشارع

. . . .

لا تأثير له ، على أن فيه خلافاً ، فقد قيل : إن البائع يفسخ .

اذا تقرر هذا ، فإن رضي المشتري بأخذه بما قال البائع جاز ، قال الشارح : إن هذا قبل تمام التحالف[١] ، وهو محتمل؛ لأنه بعد التحالف يفسخ البيع أو ينفسخ فلا بد من بيع آخر ، وعلى هذا فيملك الشفيع أخذه بما قال المشتري مؤاخذة له بقوله الذي لم يرجع عنه ، فإن عاد المشتري وصدّق البائع على أن الثمن هو ما ادعاه ، وقال : كنت غالطاً فهل للشفيع أخذه بما قاله أو لا؟ الأقرب ذلك مؤاخذة له باقراره . ويحتمل بما قاله ثانياً؛ لدعواه الغلط وهو أمر ممكن ، وليس بشيء؛ لأن الرجوع عن الاقرار لا يسمع ، وقد اعترف بأن دعوى البائع الزيادة ظلم .

واعلم أن الشارح نزّل كلام المصنف على ما اذا لم يكمل التحالف بأن حلف المشتري ولم يحلف البائع ، وكأنه تجاوز انفساخ[٢] البيع بالتحالف؛ لأنه حينئذ يأخذ من البائع فيكون بما قال ـ كما قرره المصنف والشارح الآخر ـ اجرى الحكم الذي ذكره المصنف على ما اذا وقع التحالف ثم رجع المشتري الى الأخذ بقول البائع ، وهو ممكن إذ لا منافاة بين التحالف والأخذ من يد المشتري بما قاله المشتري ، نعم إن انفسخ البيع لم يبق للمشترى استحقاق الأخذ بالشراء وإن ملك الأخذ ليسلم الى الشفيع ويكون الدرك عليه .

قال : وقول المصنف : (بما حلف عليه) فيه تساهل؛ لأنه يحلف على نفي ما ادعاه البائع لا على ما يدعيه هو .

قال : وعلى القول بانتفاء الشفعة مع التحالف والتفاسخ .

يرجّح بما قال ثانياً ، أي : يرجح الأخذ .

(١) ايضاح الفوائد٢ : ٢٢٩ .

(٢) في «م» : يحاذر من انفساخ .

ولو ادعى على أحد وارثي الشفعة العفو فشهد له الآخر لم تقبل . فإن عفا واعاد الشهادة لم تقبل ؛ لأنها ردت للتهمة

ولو شهد ابتداءً بعد العفو قبلت ، ولو ادعى عليهما العفو فحلفا تثبت الشفعة .

ولو نكل أحدهما : فإن صدّق الحالف الناكل في عدم العفو فالشفعة

قال : لأن قوله الثاني سبب في ثبوت الشفعة ، وثبوت الفرع ينافي نفي الأصل[1] .

ولقائل أن يقول : قوله الثاني سبب في ثبوت الشفعة ، لكن لا يتعيّن الأخذ بالثمن الذي رجع اليه؛ لما قلناه من عدم سماع تكذيبه باقراره .

واحترز المصنف بقوله : (كنت غالطاً) عما لو اكذب نفسه فإنه لا يسمع أصلاً ، ولما كان القول بالتحالف خلاف المختار سقطت هذه المسائل .

قوله : (ولو ادعى على أحد وارثي الشفعة العفو فشهد له الآخر لم تقبل) .

لأن ذلك يجر نفعاً اليه؛ لأنه يستحق الأخذ للجميع على تقدير ثبوت العفو .

قوله : (فإن عفا وأعاد الشهادة لم تقبل؛ لأنها ردت للتهمة) .

فيستصحب .

قوله : (ولو شهد ابتداءً بعد العفو قُبلت) .

إذ لا مانع حينئذ؛ لأنه كالأجنبي .

قوله : (ولو ادعى عليهما بالعفو فحلفا تثبت الشفعة ، ولـو نكل

---

(١) ايضاح الفوائد٢ : ٢٢٩ .

لهما ، ويأخذ الناكل بالتصديق لا بيمين غيره ودركه على المشتري .

وإن كذّبه احلف الناكل له ،

أحدهما فإن صدّق الحالف الناكل في عدم العفو فالشفعة لهما) .

أي : لو ادعى المشتري على وارثي الشفعة بالعفو فأنكر وحلف تثبت الشفعة ، ولو نكل أحدهما وحلف الآخر : فإن صدّق الحالف الناكل في أنه لم يعف عنه فالشفعة لهما ؛ لأن الحالف قد استحقها بيمينه فاذا صدّقه على عدم العفو كان اقراراً باستحقاقه بعض ما ثبت ، فحينئذ يأخذ باقرار الحالف لا بيمينه ، فلا يلزم أن يستحق بيمين غيره ، والى هذا أشار بقوله : (ويأخذ الناكل بالتصديق لا بيمين غيره) ، فيكون جوابا عن سؤال مقدر .

قوله : (ودركه على المشتري) .

أي : درك ما يأخذه الناكل على المشتري ؛ لترتب يده على يد المشتري وإن كان سببه اعتراف الشريك الآخر . ويحتمل عدمه ؛ لانصرافه عن المشتري بنكوله فلا يرجع الدرك عليه ، ويضعف بأنه لا منافاة بين انصراف الاستحقاق عن المشتري بالنكول ، وثبوت الدرك بسبب ترتب يده على يده .

قوله : (وإن كذبه احلف الناكل له) .

أي : إن أكذب الحالف الناكل في كونه لم يعف احلف الناكل لهذا الحالف على عدم العفو ليستحق الشفعة ؛ لأن دعواه استحقاقه الأخذ منه غير دعواه استحقاق الأخذ من المشتري .

ولقائل أن يقول : هذا إنما يتم على القضاء بالنكول ؛ لأن الشفعة حق ثبت للشريك فلا يسقط بمجرد دعوى العفو على المستحق ونكوله ، بل يرد اليمين على المشتري ليحلف على العفو فيسقط استحقاقه الأخذ منه .

وقال المصنف في التذكرة ما يقتضي دفع هذا السؤال : إن المشتري إنما

ولا يكون النكول مسقطاً ؛ لأن ترك اليمين عذر على اشكال ، فإن نكل قضى للحالف بالجميع ،

لم يحلف مع نكول المدعى عليه بالعفو؛ لأنه اذا حلف استحق الآخر بيمينه الشفعة كلها ولم ينتفع المشتري باليمين[1] .

قوله : (ولا يكون النكول مسقطاً؛ لأن ترك اليمين عذر على اشكال) .

ينشأ : من أنه قادر على الأخذ باليمين فاذا ترك فقد أخّر مع القدرة فتسقط لأنها على الفور ، ومن ترهيب الشارع من اليمين وترغيبه في تركها ، وقد ذم الله سبحانه الحلّاف في الكتاب العزيز أشد الذم[2] ، فلا يكون تركها تراخياً عن الأخذ مناف للفور ، ولأنه قد سبق أن المسقط للشفعة هو كلما ينافي الفور عادة ، وليس هذا منافياً في العادة ، ولأنه لو تمكن مدّعي الشفعة من اثباتها بالبينة فترك اليمين الى حين احضار البينة الحاضرة في البلد الى مجلس الحكم لم يعد تراخياً ، وفيه قوة .

قوله : (فإن نكل قُضي للحالف بالجميع) .

أي : فان نكل الناكل أولاً عن اليمين لدعوى المشتري قُضي للحالف بالجميع ، وفيه نظر ، بل لا بد من رد اليمين عليه فيحلف انه عفا ويستحق الجميع إلّا على القضاء بالنكول ، وقد نبّه على ذلك في التذكرة حيث قال : وإن ادعى انه عفا حلف هو مع نكوله وتثبت الشفعة كلها له ، ثم قال : فإن عفا هذا الحالف بعد يمينه كان للمشتري أن يحلف مع نكول الآخر؛ لأنه الآن تسقط الشفعة عنه[3] .

---

(١) التذكرة١ : ٦٠٣.
(٢) سورة القلم: ١٠ ـ ١٥.
(٣) التذكرة١ : ٦٠٣.

وإن شهد اجنبي بعفو أحدهما فإن حلف بعد عفو الآخر بطلت الشفعة ، وإلا أخذ الآخر الجميع .

ولو شهد البائع بعفو الشفيع بعد قبض الثمن قبلت .

قوله : (وإن شهد أجنبي بعفو أحدهما فإن حلف بعد عفو الآخر بطلت الشفعة ، وإلا أخذ الآخر الجميع) .

أي:إن شهد أجنبي من الشفعة بعفو أحدهما فلا بد مع شهادته من اليمين ، فإن حلف المشتري مع شهادة بعد عفو الآخر بطلت الشفعة كلها بالعفو من أحدهما والشاهد مع اليمين على عفو الآخر ، وإن لم يعف حتى حلف المشتري استحق الذي لم يعف جميع الشفعة .

ولقائل أن يقول : لا فائدة في يمين المشتري هذه فلا يحلف؛ لأن الاستحقاق يرجع الى الآخر ، وإن لم يكن مانعاً لم يمنع هناك فينبغي تحصيل الفرق أو الاعتراف بالمساواة . وفي حواشي شيخنا الشهيد : وتكون فائدة يمينه مع الشاهد دفع درك المشهود عليه لو شاركه الحالف .

قلت : يجيء مثله في صورة النكول بغير فرق .

قوله : (ولو شهد البائع بعفو الشفيع بعد قبض الثمن قبلت) .

لانتفاء التهمة ، وفي وجه لا تقبل؛ لأنه ربما توقع العود الى العين لسبب ما ذكره في التذكرة[1] ، وفيه قوة . ولو كانت قبل قبض الثمن لم تقبل قطعاً؛ لأنه يجر الى نفسه نفعاً ، وذلك لأنه اذا افلس المشتري فإنه يرجع الى المبيع على تقدير عدم أخذ الشفيع إياه ، نبه على ذلك كله في التذكرة[2] ، ولا يخفى أن نحو هذا محتمل على التقدير الأول .

---

(١) التذكرة١ : ٦٠٣.

(٢) التذكرة١ : ٦٠٣.

ولو قال أحد الوارثين للمشتري : شراؤك باطل ، وقال الآخر : صحيح فالشفعة بأجمعها للمعترف بالصحة ، وكذا لو قال : إنما اتهبته أو ورثته ، وقال الآخر : اشتريته .

ولو ادعى المتبايعان غصبية الثمن المعيّن لم ينفذ في حق الشفيع ، بل في حقهما ، ولا يمين عليه إلاّ أن يدعي عليه العلم .

ولو أقر الشفيع والمشتري خاصة لم تثبت الشفعة ، وعلى المشتري رد قيمة الثمن على صاحبه ، ويبقى الشقص معه يزعم إنه للبائع ويدّعي

قوله : (ولو قال أحد الوارثين للمشتري : شراؤك باطل ، وقال الآخر : صحيح فالشفعة بأجمعها للمعترف بالصحة وكذا لو قال : إنما اتهبته أو ورثته ، وقال الآخر : اشتريته) .

لأن الأول قد اعترف بما يتضمن عدم الشفعة فيمضي في حقه .

قوله : (ولو ادعى المتبائعان غصبية الثمن المعيّن لم ينفذ في حق الشفيع بل في حقهما) .

لأن اعترافهما بصدور البيع يقتضي الشفعة؛ لأنه محمول على الصحيح فدعواهما ما ينافي الشفعة بعد لا تسمع ، بل ينفذ ذلك في حقهما خاصة فيجب دفع ذلك الثمن المعيّن الى المقر له ، ولا يكون النماء قبل الأخذ بالشفعة للمشتري ويأخذ الشفيع من المشتري والدرك عليه .

قوله : (ولا يمين عليه إلا أن يدعي العلم) .

لأن ذلك فعل الغير فيحلف لنفيه .

قوله : (ولو أقر الشفيع والمشتري خاصة لم تثبت الشفعة) .

لاعترافه بفساد البيع .

قوله : (وعلى المشتري رد قيمة الثمن على صاحبه ويبقى الشقص

وجوب رد الثمن والبائع ينكرهما ، فيشتري الشقص منه اختياراً ويتبارئان فللشفيع في الثاني الشفعة .

ولو أقرا الشفيع والبائع خاصة رد البائع الثمن على المالك ، وليس له مطالبة المشتري ولا شفعة .

معه بزعم أنه للبائع ويدّعي وجوب رد الثمن والبائع ينكرهما) .

وجهه : أن المشتري حيث اعترف بغصبية الثمن ضمن قيمته للمقر له إن كان قيمياً ، ولا يمكن رد عينه لسبق تعلق حق البائع به فلا يقبل اقراره فيه ، ويبقى الشقص في يده بزعم انه حق البائع ، ويدّعي عليه أن الثمن المدعى عليه يجب رده على المشتري ؛ لأنه قد دفع الى مالكه بزعمه عوضه فاستحقه : إما ليدفعه ويسترد ماله لأنه دفعه للحيلولة ، أو لكونه عوضاً عنه والبائع ينكرهما .

وطريق الخلاص ما أشار اليه بقوله : (فيشتري الشقص منه اختياراً ويتباريان) .

وكيفية البيع اذا خشي البائع لزومه ما يتضمنه لفظ البيع بالاقرار بالملك المقتضي لفساد العقد الأول أن يقول : إن كان هذا ملكي فقد بعتك إياه بكذا . ولا يضر التعليق على شرط ؛ لأن هذا الشرط معتبر في نفس الأمر ، إذ لا يمكن صحة البيع بدونه فلا يعد ذلك تعليقاً فلا يكون مانعاً ، ثم يُبرّىء كل منهما ذمة الآخر مما له عنده ، وينبغي أن يقع التقاص اذا حصلت شرائطه ، ولا يضر كون أحد العوضين للمغصوب منه باقرار المشتري لتعذر الوصول اليه .

قوله : (وللشفيع في الثاني أخذ الشفعة) .

أي : في البيع الثاني ؛ لاستجماعه للشرائط .

قوله : (ولو أقر الشفيع والبائع خاصة رد البائع الثمن على المالك ، وليس له مطالبة المشتري ولا شفعة)

ولـو ادعى ملكاً على اثنين فصـدّقة أحـدهما فبـاع حصته على المصدق فإن كان المكذب نفى الملك عنه فلا شفعة ، وإن نفى دعواه عن نفسه فله الشفعة .

أما رد الثمن على المالك؛ فلنفوذ اقراره فيه ، وأما انه ليس له مطالبة المشتري ؛ فلأن اقراره لا ينفذ عليه . والمراد : انه ليس له مطالبته بالشقص إذ لا يتوهم المطالبة بالثمن لاعترافه بما يقتضي فساد البيع ، وأما انـه لا شفعة فظاهر؛ لاعتراف الشفيع بفساد البيع .

قوله : (ولو ادعى ملكاً على اثنين فصدّقه أحدهما فباع حصته على المصدق ، فإن كان المكذب نفى الملك عنه فلا شفعة ، وإن نفى دعواه عن نفسه فله الشفعة) .

أما الحكم الأول فلأنه قد نفى ما لا بد منه في استحقاق المكذّب الشفعة وهو كونه مالكاً ، فإنه اذا لم يكن مالكاً لم يكن هناك بيع ، وأما إن نفى دعواه عن نفسه فقط ولم يتعرض لنفي أصل الملك فإنـه يستحق الشفعة لحصـول المقتضي لثبوتها ، والله اعلم بالصواب .

* * *


مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
كتاب الأمانات و توابعه:	
الوديعه:	
تعريف الوديعة	٧
اشتراط الايجاب والقبول في الوديعة	٨
حكم ما لو أتلف الصبي الوديعة	٩
حكم ما لو أتلف العبد الوديعة	١٠
موجبات الضمان: الانتفاع	١٢
: الإيداع	١٨
: التقصير في دفع المهلكات	٢٥
: المخالفة في كيفية الحفظ	٢٨
: التضييع	٣٥
: الجحود	٣٩
أحكام الوديعة:	
وجوب حفظ الوديعة على المستودع، ووجوب ردها على المالك	٤٢
فيما لو لم يطلبها المالك وتمكن المستودع من ردها	٤٣
حكم رد الوديعة على الوكيل	٤٤

حكم مؤنة الوديعة ٤٥
فيما لو كان المودع غاصباً ٤٦
عدم ابراء المفرّط بالرد الى الحرز ٤٨
حكم ما لو أنكر المستودع الوديعة، أو ادعى التلف ٤٨
فيما لو مات المستودع ولم توجد الوديعة في تركته ٤٩
تصديق المستودع مع اليمين في تعيين المدعين ٥٢
فيما لو مات المودع ٥٦

العارية

أركان العارية: العقد ٥٧
: المعير ٥٨
: المستعير ٥٩
: المستعار ٥٩
: اباحة المنفعة ٦٠

فروع:

أ: لو تلف الصيد عند المحل المستعير من المحرِم ٦٢
ب: لو قال: أعرتك حماري لتعيرني فرسك ٦٢
ج: لو أذن الولي للصبي في الاعارة ٦٥
د: جواز استعارة الفحل للضراب ٦٦
الأحكام المتعلقة بالعارية: الرجوع ٦٦
: الضمان ٧٧
: التسلط على الانتفاع ٨٦
: التنازع ٩٠

فروع:

أ: ولد العارية المضمونة غير مضمون ٩٣
ب: مؤنة الرد على المستعير ٩٣

ج: لو رد الى من جرت العادة بقبضه ٩٤
د: لو أعار المستعير ٩٤
هـ: فيما لو أذن المالك في الاجارة أو الرهن ٩٥

اللقطة

الملقوط اما انسان أو حيوان أو غيرهما ٩٧
فيما لو ازدحم ملتقطان ٩٨
فيما لو تداعيا اثنان بنوة الملتَقط ١٠١
فيما لو كان اللقيط مملوكاً ١٠٤
عدم صحة التقاط العبد والصبي والمجنون ١٠٦
عدم صحة التقاط الكافر والفاسق ١٠٨
ثبوت الولاية للمبذّر والبدوي ومنشيء السفر ١٠٩
وجوب الحضانة على الملتقط ١١٠
نفقة اللقطاء ١١١

أحكام اللقطة:

حكم لحوق الملتَقَط بنسب الملتقِط ١١٨
حصول الإسلام بالتبعية: اسلام أحد الأبوين ١١٩
: تبعية السابي المسلم ١٢١
: تبعية الدار ١٢٢
حكم اللقيط في دار الحرب ١٢٣
أحكام الجناية على اللقيط ١٢٤
الأصل في اللقيط الحرية، وما يترتب عليها من أحكام ١٢٦
حكم اقرار اللقيط بالعبودية أو الحرية ١٣١
حكم الولاية على اللقيط بعد بلوغه ١٣٥

أحكام الحيوان الضال:

جواز التقاط الحيوان على كراهية ١٣٥

عدم جواز أخذ البعير إن كان صحيحاً أو في كلأ وماء ١٣٧

كيفية براءة ذمة ملتقط الحيوان ١٣٧

حكم البعير إن كان في غير كلأ ولا ماء ١٣٨

حكم الشاة الضالة وصغار الابل والبقر ١٣٩

حكم الغزلان ١٤١

عدم جواز أخذ شيء من الضوال في العمران ١٤٢

فيما اذا لم يجد الآخذ للضالة سلطاناً ينفق عليها ١٤٥

لقطة الأموال:

تعريف الالتقاط وحكمه ١٤٦

حكم لقطة الحرم ١٤٧

استحباب الاشهاد على اللقطة ١٤٧

حصول الالتقاط بالأخذ لا بالرؤية ١٤٨

ما يشترط توفره في الملتقِط ١٥٠

وجوب حفظ اللقطة على الملتقِط أو الحاكم ١٥١

حكم لقطة الطفل والمجنون ١٥٢

حكم لقطة العبد ١٥٤

تعريف اللقطة ١٥٦

حكم التعريف وحدوده ١٦٠

حكم أُجرة التعريف ١٦٢

ما يجب ذكره في التعريف ١٦٣

المكان الذي يجب التعريف فيه ١٦٤

اللقطة التي لا بقاء لها ١٦٥

فيما لو افتقر بقاء اللقطة إلى العلاج ١٦٦

فيما يتعلق بضمان العين الملتقطة ١٦٧

فيما يحصل به تملك العين الملتقطة ١٦٩

حكم ما يوجد في المفاوز أو الخربة ١٧٥

الموجود في جوف السمكة ١٧٨
فيما لو دفع الملتقط اللقطة الى الحاكم ١٨٠
فيما لو مات الملتقط ١٨٢
وجوب رد اللقطة لصاحبها مع قيام البينة ١٨٤
حكم الزيادة المنفصلة والمتصلة في الحول ١٨٧

الجعالة

صيغة الجعالة وما يتعلق بها من أحكام ١٨٩
ما يشترط توفره في الجاعل ١٩١
ما تصح الجعالة عليه ١٩٢
ما يشترط توفره في الجعل ١٩٣
حكم الجعالة الجواز من الطرفين ١٩٤
استحقاق العامل الجعل بالتسليم ١٩٦
حكم الجعل غير المعيّن ١٩٨
فيما لو جعل الفعل للواجد فصدر عن جماعة ١٩٩
الاختلاف في قدر الجعل أو جنسه ٢٠٢

كتاب الغصب وتوابعه

الغصب

موجبات الضمان: التفويت بالمباشرة ٢٠٦
: التسبيب ٢٠٧
: اثبات اليد، وما يتعلق به من أحكام ٢٠٨
أحكام ضمان الحيوان ٢٣٧
أحكام ضمان غير الحيوان ٢٤٣
حكم اتلاف الملاهي ٢٤٧
فيما لو تعددت منافع العبد المجنى عليه ٢٤٨
حكم منفعة البضع ٢٤٨

فيما لو نقصت قيمة العبد المغصوب ٢٤٩
الاحتمالات الواردة فيما لو تلف المثلي في يد الغاصب فلم يغرمه حتى فقد ٢٥٢
حكم اتلاف آنية الذهب ٢٥٨
فيما لو اتخذ الغاصب من السمسم الشيرج ٢٥٩
فيما لو أبق العبد من يد الغاصب ٢٦١
فيما لو تعارض الغاصب والمغصوب منه في عيب يؤثر في القيمة ٢٦٢

أحكام النقصان:

فيما لو تغيّر سعر العين المغصوبة مع بقاء العين ٢٦٤
حكم زيادة العين المغصوبة بعد تلفها ٢٦٥
لو غيّر الغاصب شكل العين المغصوبة مع بقاء العين ٢٦٦
لو غصب شيئين ينقصهما التفريق ٢٦٩
وجوب رد العين المغصوبة مع بقائها ٢٧١
حكم النماء المنفصل والمتصل في العين المغصوبة ٢٧٣
لو جنى العبد المغصوب فقتل قصاصاً ٢٧٤
لو غُصب العبد المرتد أو السارق فقتل أو قطع ٢٧٦
لو ارتد العبد المغصوب في يد غاصبه ٢٧٨
لو كان العبد وديعة فجنى بالمستوعب ٢٨١
لو جنى العبد المغصوب على سيده ٢٨٣
اخصاء العبد المغصوب ٢٨٤
لو مثل الغاصب بالعبد ٢٨٦
لو غصب شاباً فصار شيخاً ٢٨٨
لو نقصت الأرض المغصوبة ٢٨٩
لو حفر بئراً في الارض المغصوبة ٢٩٠
لو غصب عصيراً فصار خمراً ٢٩١
لو غصب خمراً فتخللت في يده ٢٩٢

* * *

أحكام الزيادة
لو غصب حنطة فطحنها أو ثوباً فخاطه ٢٩٤
لو صاغ النقرة حلية ٢٩٤
لو صبغ الثوب المغصوب ٢٩٦
لو مزج العين المغصوبة بأُخرى ٣٠٢
لو رقّع باللوح المغصوب سفينته ٣٠٣
لو خاط الثوب بالخيوط المغصوبة ٣٠٤
لو أدخل فصيلاً في بيته وعسر اخراجه ٣٠٦

تصرفات الغاصب
لو وطأ الغاصب الجارية المغصوبة ٣٠٩
لو باع الغاصب الجارية المغصوبة فوطأها المشتري ٣١٦
لو غصب فحلاً فأنزاه على الأنثى ٣٢٢
عدم ملكية المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد ٣٢٣
لو اشترى شخص من الغاصب العين المغصوبة ٣٢٥
لو زرع الأرض المغصوبة أو غرسها ٣٢٧
لو غصب داراً فنقضها ٣٢٩
لو اتّجر بالمال المغصوب ٣٣١

في التنازع
لو اختلفا في تلف المغصوب ٣٣٥
لو تنازعا في القيمة ٣٣٦
لو ادعا الغاصب عيباً تنقص به القيمة ٣٣٧
لو اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب في وقتها ٣٣٨

الشفعة
تعريف الشفعة ٣٤٢

المحل:

حصول الشفعة في كل عقار مشترك بين اثنين قابل للقسمة ٣٤٣
حكم الشفعة في الدولاب ٣٤٥
ذكر بعض الأعيان التي لا تحصل الشفعة بها ٣٤٦
لو ضُمَّ ما فيه الشفعة إلى ما لا شفعة فيه ٣٥٧
حكم الشفعة فيما لو كان الشريك موقوفاً عليه ٣٥٨
حكم الشفعة فيما لو باع بخيار ٣٥٩

الآخذ والمأخوذ منه:

تحديد صفات الآخذ ٣٦٢
من لا تثبت الشفعة له ٣٦٣
ثبوت الشفعة للأب والوصي والوكيل ٣٦٥
ثبوت الشفعة للغائب والسفيه والمكاتب ٣٦٨
تحديد صفات المأخوذ منه ٣٧٠
عدم بطلان الشفعة فيما لو باع المكاتب شقصاً بمال الكتابة ٣٧١
حكم الشفعة بالنسبة للمفلّس والغرماء ٣٧٥

فروع على ثبوت الشفعة

كيفية الأخذ:

الأخذ بالفعل أو بالقول ٣٩٦
وجوب علم الشفيع بالثمن والمثمن ٣٩٩
وجوب تسليم الثمن أولاً ٣٩٩
وجوب الطلب على الفوْر ٤٠٠
وجوب الأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد ٤٠٤
لو مات الشفيع حل الثمن عليه دون الشفيع ٤٠٨
حكم تصرف المشتري قبل الأخذ ٤١١

حكم تقايل المتبائعان بعد ثبوت الشفعة ٤١٤
حكم الإقالة بين الشفيع والبائع ٤١٧
حكم الانقاض ٤١٩
تصرفات المشتري في الشقص المشفوع ٤٢١
لو ظهر استحقاق الثمن ٤٢٩
لو نقصت قيمة الشقص عن قيمة الثمن ٤٣١
لو تلف الثمن المعين قبل قبضه ٤٣٤
لو ظهر عيب في الشقص ٤٣٥

مسقطات الشفعة:
سقوط الشفعة بكل ما يعد تقصيراً أو توانياً في الطلب ٤٣٧
اسقاط الشفعة قبل البيع ٤٤٠
جواز الحيلة على اسقاط الشفعة ٤٤٣
سقوط الشفعة ببيع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعة ٤٤٥
لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه بثبوت الشفعة له ٤٤٦
ثبوت الشفعة للورثة ٤٤٧
حكم الشفعة إن كان المشتري مرتداً ٤٥٣
حكم الشفعة فيما لو قارض أحد الشركاء الثلاثة آخر فاشترى من الثالث نصف نصيبه ٤٥٤

أحكام التنازع:
لو اختلف الشفيع والمشتري في الثمن ٤٦٠
حكم شهادة البائع لأحدهما ٤٦٢
اختلاف المتبائعين في الثمن ٤٦٣
اختلاف الشفيع والمشتري في العوض ٤٦٥
في دعوى تأخر الشراء ٤٦٨
لو ادعى الشريك الايداع ٤٧٢
مطالبة مدعي الشفعة بتحرير الدعوى ٤٧٦

لو انكر المشتري ملكية الشفيع ٤٨١
لو ادعى كل من الشريكين السبق في الشراء ٤٨٢
لو اختلف المتبائعان في الثمن ٤٨٤
أحكام عفو الورثة عن الشفعة ٤٨٧
لو ادعى المتبائعان غصبية الثمن المعيّن ٤٩١

